

Römische processgeset...

Moriz Wlassak

27063.
E61

Library
of the
University of Wisconsin





RÖMISCHE PROCESSGESETZE.

ERSTE ABTHEILUNG.

Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

RÖMISCHE PROCESSGESETZE.

EIN BEITRAG
ZUR
GESCHICHTE DES FORMULARVERFAHRENS

VON
MORIZ WŁASSAK,
PROFESSOR IN BRESLAU.

ERSTE ABTHEILUNG.



LEIPZIG,
VERLAG VON DUNCKER & HUMBLLOT.
1888.

Huschke über Gaius' Institutionen:

*Jure dixeris, praeclariorem de iure civili librum
discentium in usum nunquam scriptum fuisse, siue
dotium eius excoellentiam, siue mirificam fructus uber-
tatem spectes.*

282347

OCT - 1 1924

K35

N79

T

DEM ANDENKEN

DES

RECHTSLEHRERS UND ALTERTUMSFORSCHERS

PHILIPP EDUARD HUSCHKE.

Inhalt.

Einleitung (S. 1—17).

Der Praetor und das Volksgesetz.

Das freie Verordnungsrecht und die Gesetzausführung des Praetors — Die röm. Auffassung der praetorischen Gesetzausführung — Cicero de leg. III c. 1 § 2 — Platon Nom. IV p. 715 c, d — Aristoteles Polit. III c. 6, 13 — Cic. de leg. III c. 3 § 8 — Der Praetor als *lex loquens* — Der Praetor und der moderne Richter — Bülow's Gesetz und Richteramt — Gründe gegen Bülow's Lehre — Die herrschende Vorstellung (Wach) — Montesquien Esprit XI c. 6 — Ergebniss.

Erstes Capitel (S. 18—57).

Das Judicium legitimum. — I. Erklärung des Namens.

§ 1. Das Judicium legitimum und Judicium imperio continens in der Litteratur S. 18—26

Litteraturübersicht — Keller — Puchta — Huschke — Dernburg — Bethmann-Hollweg — Mommsen — Puntchart — Zu Gell. XX. 10 § 9.

§ 2. Judicium und Actio. S. 26—31

Judicium bei Gai. IV. 103, 104 — Die *actio* im *iudicium* — *iudicium* = Gericht — *iudicium*; der Process vor dem Geschwornen und vor dem Praetor — *actio* in älterer Zeit = *modus agendi* und = Spruchformel.

§ 3. Die Legitimität des Judiciums S. 31—37

Die „Echtheit“ des Judiciums — „*legitimum*“ bei den röm. Juristen, bei Cicero, im Monum. Ancyranum — „*legitim*“ in allgemeinerer und in besonderer Bedeutung — Begriffsbestimmung des *iudicium legitimum*.

§ 4. Die Lex die ausschliessliche Grundlage des legitimen Gerichtes S. 37—50

Die Bezeichnung *iudicium legitimum* nach Mommsen und L. Lange irreführend — Die Gegenüberstellung des *iudicium*

imperio continens — Rechtfertigung des röm. Sprachgebrauchs
 — Die *actio legitima* und *actio praetoria* — *actio quae lege*
et quae datur a praetore — Paul. in l. 9 pr. D. de edendo
 (2, 13) — Gai. IV. 112 — Civedicta nach röm. Anschauung
 unmöglich — Das *Judicium legitimum* beruht nicht auf dem
Imperium — Das gesetzliche Gericht unabhängig von der
 Amtszeit des Magistrats.

§ 5. Die Lex eine Gerichtsordnung, kein Verfassungsgesetz

S. 50—57

Die „verfassungsmässigen Beschränkungen“ des Magistrats
 sind dem *Judicium legitimum* nicht eigentümlich — Cic.
 pro Tull. c. 16 — *legis actio* und *iudicium legitimum* —
 Fragen.

Zweites Capitel (S. 58—166).

Das Processrecht der Lex Aebutia.

§ 6. Gaius und Gellius S. 58—62

Gai. IV. 30, 31 und Gell. XVI. 10, 8 — Würdigung der
 Äusserungen des Juristen bei Gellius — *antiquitas . . . lege*
Aebutia lata consopita — Die Lex Aebutia das bahnbrechende
 Gesetz — *legis actiones sublatae*.

§ 7. Die Schriftformel ohne Legisactio bei Cicero . . S. 62—72

Bedeutung der Ciceronischen Schriften für die Altersbestimmung
 der L. Aebutia — Wider Bekkers „Legisactionenprocess mit
 Formeln“ — Cic. p. Q. Rosc. c. 4, 5, 8, 9 — Cic. de
 orat. I c. 37 § 168.

§ 8. Fortsetzung — *actio*: die Spruchformel, *iudicium*: die
 Schriftformel S. 72—85

Cic. de nat. deor. III c. 30 § 74 — *actio* = *legis actio* —
iudicium dabo in den Edicten — *iudicium* = Schriftformel
 bei Cicero — *actio* und *iudicium* in den classischen Juristen-
 Schriften — *actio*: die Civilklage — Definitionen der *actio*:
 Celsus, Ulpian, Gains — Cic. de off. III c. 15 § 61, c. 17
 § 70, top. c. 17 § 66.

§ 9. Die Geltung der Legisactio nach dem Aebutischen Ge-
 setze S. 85—103

Die L. Aebutia älter als Cicero — Spruchformelklagen in
 Ciceros Werken — Praktische *modi agendi* in den letzten

Jahrzehenden der Republik — Lex Urson. c. 61 — Die feierliche *manus iniectio* und die formlose Personalexecution — L. Rubr. c. 21, 22 — Die schriftliche *actio iudicati* des Jus civile — Ursprung des Sprichwortes bei Gai. III. 180 — Zu Gell. XVI. 10, 8.

§ 10. Fortsetzung — Facultative Processformen . . S. 103—131

Die Lex Aebutia erklärt alle *legis actiones* für facultativ — Mehrere Processformen neben einander im Voraebutischen Rechte — Gai. IV. 31: *permissum est lege agere* — Wahl der Processform in Centumviralsachen — Die Hundert haben nur concurrirende Gerichtsbarkeit — Die *formula petitoria* bei Cic. in Verr. II c. 12 § 31 — Die Formelworte: *ex iure Quiritium* — Das processualische Wahlrecht der Parteien beschränkt durch die Denegationsbefugniß des Praetors — Pompon. I. 27 D. de R. J. — Cic. pro Caec. c. 3 § 8 — Ulp. I. 2 § 1 D. de iudic. — Die Centumviralliste nicht jünger als die L. Aebutia — Keine *legis actio* ist durch das erste Reformgesetz beseitigt.

§ 11. Der *iudex unus* und die ständigen Geschwornencollegien — Die Wahl des Gerichtes und die Wahl der Processform

S. 131—155

Die Gerichtscollegien nach Keller älter als der *iudex unus* — Competenz der Zehn- und Hundertmänner nach den Quellen — Der *iudex unus* im Legisactionenprocess nach Gaius — Die *hasta* der Centumvirn — Entstehung des Gerichtes der Hundert nicht vor dem 6. Jh. d. St. — Die *iudices decemviri* der L. Valeria-Horatia eine plebejische Behörde unbestimmbaren Charakters — Die *decemviri stlitibus iudicandis* des 7. Jh. durchaus verschieden von den *iudices decemviri* — Suet. II c. 36 u. Pompon. I. 2 § 29 D. de O. J. — Liv. III c. 55 — Concurrenz der Processformen in den Fällen der ausschließlichen Competenz des *iudex unus* — Gai. IV. 30: *istae omnes legis actiones . . . per legem Aebutiam . . . sublatae sunt* — Der Bericht des Gellius.

§ 12. Das allmähliche Verschwinden der Legisactionen und die gesetzliche Einführung der Schriftformeln . . S. 155—166

Schicksal der einzelnen *modi agendi* und der Spruchformelklagen — Die Lex Aebutia begründet nicht das praetorische Recht — Gesetzliche Einführung der Schriftformel nach Gaius — Das *iudicium legitimum* auf Grund der Aebutischen Gerichtsordnung.

Drittes Capitel (S. 167— 276).

Die Julischen Gesetze und der Process nach der stadtrömischen Gerichtsordnung des Augustus.

- § 13. **Julische Gesetze des Dictators Caesar** . . . S. 167—173
 Gerichtsgesetze Caesars von 695 u. 708 — Dio l. 38 c. 7, l. 43 c. 25 — Suet. I c. 41 — Cic. pro Marc. c. 8 § 23, Phil. I c. 8 § 19 — Caesar hat die Legisactio nicht beseitigt — Die *Julia* bei Gai. IV. 30 kann kein Repetundengesetz sein — Suet. I c. 44, Isid. Orig. V. 1, 5.
- § 14. **Drei Gerichtsordnungen des Augustus — Gaius' *duae Iuliae*** . . . S. 173—201
 Mon. Ancy. II 12—14 — Die Civilprocessordnung des Augustus bezeugen Macrob. I 10, 4, Suet. II c. 32, c. 36, Dio 54 c. 18 — Inhalt derselben — Dio 54 c. 18 und Modest. l. 1 § 4 D. de leg. Jul. amb. (48, 14) — Die allgemeine Strafgerichtsordnung des Augustus (*lex Iulia publicorum*) — *leges Iuliae publicorum* — Das Verhältniss der *lex publicorum* zur *lex priuatorum* — Vat. 197, 198 — Beide Gerichtsordnungen sind Plebiscite aus dem J. 737 — Paul. l. 18 § 4 D. de dolo (4, 3) — Mon. Ancy. (gr.) III 19—21 — Die stadtrömische und die municipale Civilgerichtsordnung des Augustus — Beide beseitigen die *legis actiones* — Die Municipalgerichte beschränkt auf die Niedergerichtsbarkeit durch die *altera Iulia*, nicht erst unter Hadrian — Die *Lex Rubria* und die *altera Iulia* —
- § 15. **Die stadtrömischen Processformen — Die Competenz der Centumviri** . . . S. 201—238
 Ulp. l. 2 § 1 D. de iud. und Paul. l. 28 D. ad munic. — Die Wahl zwischen dem Gerichte des Urban- und Peregrinenpraetors — Gai. IV. 31: *lege agitur . . . apud . . . peregrinum (praetorem)* — Das Judicium legitimum nach der Julischen Gerichtsordnung — Die Legisactio in Centumviralsachen — Bestimmungen der L. Julia über das Centumviralgericht — Die Competenz der Hundert nicht ausschliessend und ebenso umfassend wie nach dem Aebutischen Rechte — Gai. IV. 95 — Quintil. V. 10 § 115 — Der *iudex unus* in Querelprocessen — Belege — Unrichtigkeit der herrschenden Lehre, welche die Centumviri auf Erbschaftssachen beschränkt — Gai. IV. 16 u. IV. 89—99 — Wetzells Competenzziffer — Gegen Lenels Auslegung von Paul. V. 9, 1 — Plinius Epist. II. 14 — Die

Verteilung der Geschäfte unter die römischen Schwurgerichte — Paulus' *liber singularis de centumviralibus iudiciis* und *de inofficioso testamento*.

§ 16. Grenzen des Formularverfahrens — Die *Legis actio damni infecti* S. 238—276

War die *l. a. damni infecti* im Julischen Gesetz erwähnt? — Das civile Rechtsmittel wegen *damnum infectum* in den Pandekten — Verwandtschaft mit der *a. aquae pluviae arcendae* — Ofilius l. 3 § 2 D. de aqua — Julian l. 11 § 3 D. eod. — Paul. l. 14 § 2 D. eod. — Zur Geschichte der Civilactionen in der Zeit der Prozessreform — Drei Gruppen von civilrechtlichen Actionen — Die Civilactionen in Schriftform — Untergang einiger Actionen in Folge der Einführung concurrirender Rechtsmittel des *Jus praetorium* — Actionen, die der Umwandlung in Schriftformeln widerstrebten — Die Functionen der *legis actio* — Die *legis actio per pignoris capionem* — Die praetorische Klage bei Gai. IV. 32 — Die formlose *pignratio* (Gai. IV. 29) — Die *civile operis novi nuntiatio* — Die *furtorum quaestio cum lance et licio* — Die aussergerichtliche *legis actio damni infecti* — Diese kann nicht ersetzt werden durch eine schriftliche Civilformel — Beantwortung der Fragen auf S. 56 — Der Jurist bei Gellius schöpft seine Kenntniss der *L. Aebutia* nur aus der *L. Julia* — Ergebniss der Untersuchungen in Cap. I—III.

Einleitung.

Der Praetor und das Volksgesetz.

Das Verhältniss der römischen Gerichtsobrigkeit zur Lex ist im vorigen Jahrhundert ein beliebter Gegenstand gelehrter Untersuchung gewesen. Die Verhandlung drehte sich damals hauptsächlich um den von Männern wie Thomasius und Heineccius wider die Praetoren erhobenen Vorwurf betrügerischen Gebahrens zur Umgehung und Beseitigung der Gesetze. Die Absurdität dieser Anklage, der eine unrichtige Auffassung der römischen Magistratur zu Grunde lag, war leicht darzuthun durch den blossen Hinweis auf den unerklärlichen Gleichmut des angeblich um sein Recht betrogenen Volkes. In der neueren Litteratur ist die aufgeworfene Frage in ihrem ganzen Umfang nirgends einer besonderen und genaueren Betrachtung unterzogen; dagegen fehlt es nicht an zahlreichen gelegentlichen Bemerkungen über die freie Stellung, die dem Gerichtsherrn in Rom eingeräumt war. So hat man namentlich häufig den Praetor verglichen mit dem heutigen Richter. Dabei ergab sich die Formel: der moderne Richter sei den Gesetzen unterworfen, der römische Gerichtsmagistrat

dagegen erhebe sich vermöge seines Imperiums über die Lex. So richtig Letzteres ist, wenn an den Praetor gedacht wird, der im Jahresalbum oder im einzelnen Fall Honorarrecht setzt, so wenig genügt dieser Satz zur Charakterisirung der praetorischen Rechtsprechung überhaupt. Aus der These, dass der Magistrat die Schranken des Jus civile überschreiten könne, ist unvermerkt die Anschauung entstanden, dass seine ganze Jurisdiction gegründet sei auf die freie, durch die Gesetze nicht gebundene Amtsgewalt. Am schärfsten und deutlichsten hat dies zuletzt A. S. Schultze¹⁾ ausgesprochen: „Zur Blütezeit des Formularprocesses“ soll in Rom ein Recht von Gesetzeswegen (*ius civile*) überhaupt nicht gegolten haben, sondern nur ein Recht von Gerichtswegen. So überraschend diese Behauptung klingt, so war sie doch längst vorbereitet durch eine besonders von Windscheid²⁾ in den Schriften über die Actio und von Brinz³⁾ vertretene Theorie, zu der vielleicht schon von Puchta⁴⁾ der Grund gelegt ist. Anders und — wie ich glaube — richtiger hat von jeher Th. Mommsen die Stellung der Praetoren aufgefasst. Bereits in dem Aufsatz von 1858 über den Inhalt des Rubrischen Gesetzes⁵⁾ unterscheidet er die gesetzausführende

¹⁾ Privatrecht und Process I S. 384.

²⁾ Die Actio des röm. Civilrechts S. 4, Die Actio, Abwehr S. 8, 20, 42.

³⁾ In der Münchener krit. Vierteljahrsschrift Bd. XI S. 484, 485, Bd. XIV S. 213.

⁴⁾ Cursus der Institutionen Bd. I § 80 S. 191, § 163 S. 482 (8. Aufl.).

⁵⁾ In Bekkers Jahrbuch d. gem. deutschen Rechts Bd. II S. 329, auch S. 323—325. Die beiden ersten Bände des Mommsen'schen Staatsrechts citire ich nach der zweiten Ausgabe, deren Seitenzahlen auch in der dritten angegeben sind Wo doch ausnahmsweise auf

und die ohne oder gegen das Gesetz schaltende souveräne Gewalt des Gerichtsmagistrats, und im „Staatsrecht“⁶⁾ ist dann Gebrauch gemacht von dieser Unterscheidung zur Bestimmung der Tragweite der von den Beamten gesetzten Acte. Allein auch Mommsen hat dem Praetor als gesetzausführendem Organ weiter keine Beachtung geschenkt. Man meint wohl allgemein, diese Seite der praetorischen Thätigkeit als die minder interessante kurz abthun zu können, zumal sie dem Anschein nach der Erforschung keine Schwierigkeiten darbietet. Meiner Ueberzeugung nach ist diese Annahme durchaus irrig. Wie die freie Verordnungsgewalt der Praetoren, so bedarf auch ihre Gesetzesausführung einer eindringenden Untersuchung. Gelingt es, das grundsätzliche Verhältniss zwischen der Lex und dem sich unterordnenden Magistrat richtig zu erfassen, so ist damit ein Gesichtspunkt gewonnen, von dem aus eine ganze Reihe von Erscheinungen befriedigende Erklärung findet.

Ueber die Stellung des Praetors im Dienste der Gesetze hatten die Römer von Alters her eine feststehende Anschauung, welche meines Erachtens durch die Processreform der Lex Aebutia, durch das Verdrängen der Legisactio und die Einführung der vom Magistrat entworfenen Schriftformel, noch keinerlei Aenderung erfuhr. Erst in der Kaiserzeit, als die Anweisungen der Senatsgesetze an die

die dritte Auflage, von der zur Zeit nur erst Bd. I vorliegt, verwiesen werden musste, ist dies besonders bemerkt. Die Anmerkungen sind in der neuen Ausgabe meist anders numerirt als in der älteren. Ich habe daher die Ziffern, mit denen die Noten in der 3. Aufl. bezeichnet sind, wo es nötig schien, hinzugefügt und dieselben in [] eingeschlossen.

⁶⁾ Bd. I S. 612, 613.

Magistrate häufiger wurden, geriet diese Vorstellung allmählich ins Wanken, ohne doch selbst von den spätesten Juristen der klassischen Periode je ganz verleugnet zu werden. Welcher Art diese römische Anschauung war, und dass sie in der That dieselbe geblieben ist, so lange überhaupt die Praetoren mit der Handhabung der Gesetze betraut waren, das zu zeigen und zu erweisen, ist neben anderem die Aufgabe der vorliegenden Schrift, welche übrigens das berührte Thema noch keineswegs erschöpfen wird.

Zur vorläufigen Belehrung über die Ansicht, welche ich zu vertreten gedenke, darf hier schon verwiesen werden auf eine — übrigens allgemein bekannte — Aeussierung von Cicero in den *Leges*. Es mag sein, dass ich aus dieser Stelle mehr herauslese als ihr Urheber ausdrücken wollte; jedenfalls aber bezeichnet sie treffend und bündig das zur Untersuchung gestellte Verhältniss und könnte so das Motto bilden für diese einleitende Betrachtung.

Cicero, der schon in einer seiner älteren Reden⁷⁾ die Gesetze als die Seele des Staatskörpers preist und von den Magistraten sagt, sie seien *legum ministri*, führt denselben Gedanken genauer aus im dritten Buche der *Leges*, das von der Obrigkeit handelt. Marcus spricht da in cap. 1 von der Aufgabe der Beamten, dem Staate vorzustehen und Vorschriften zu geben, die nützlich sind und mit den Gesetzen übereinstimmen:

ut enim magistratibus leges, ita populo praesunt magistratus, uereque dici potest, magistratum legem esse loquentem, legem autem mutum magistratum.

⁷⁾ Pro Cluentio c. 53 § 146.

Die Quellen, aus denen Cicero bei der Abfassung seines Werkes geschöpft hat, lassen sich zum Teil heute noch nachweisen. Lesefrüchte, gesammelt im Garten der griechischen Philosophie, und die Hauptgrundsätze der römischen Staatsordnung sind in den *Leges* zu einem Ganzen verarbeitet. Marcus erklärt denn auch ausdrücklich in den Schlussworten des zweiten und zu Beginn des dritten Buches, dass Platon sein Führer sein soll. Die angeführte Stelle insbesondere hat ihr Vorbild in den *Nomoi* lib. IV p. 715 c, d. Platon bezeichnet dort wie der römische Redner die Obrigkeit als die Dienerin der Gesetze (*τοὺς ἄρχοντας . . . ἐπιτέτας τοῖς νόμοις*) und lässt nur denjenigen Staat gedeihen, in welchem das Gesetz wirklich die Obrigkeit, nicht diese jenes beherrscht (*πῶς . . . ἐν τῷ . . . νόμος . . . δεσπότης τῶν ἀρχόντων, οἱ δὲ ἄρχοντες δοῦλοι τοῦ νόμου*)⁸⁾.

Das Wesen der römischen Magistratur, insbesondere der Praetur hätte Cicero weit richtiger bestimmen können im Anschluss an eine Stelle der Aristotelischen Politik (III c. 6 [Bek. 11], 13), deren Kenntniss man dem belenenen Eklektiker doch wohl zumuten möchte⁹⁾. Die

⁸⁾ Zu der obigen Stelle der *Nomoi* vergleiche man übrigens das in einer früheren Schrift Platons, im *Politikos* p. 293 c—296, besonders p. 294^a Gesagte.

⁹⁾ Für die Republik und die *Leges* fehlt es noch an einer eindringenden Untersuchung, wie sie Hirzel für die übrigen wichtigeren *Philosophica* Ciceros geliefert hat. Zeller *Die Philosophie der Griechen* III¹ S. 649 N. 9 (3. Aufl.) sagt, C. scheine von Aristoteles nur die populären und die rhetorischen Schriften gekannt zu haben. Ebenso urteilt Madvig (im *Excurs VII* zu *Cic. de fin.* p. 840 — ed. III), der nur noch die *Topika* und die *Πολιτεῖαι* als dem Cicero bekannt hinzufügt. Umfassendere Kenntniss der politischen Schriften des Aristoteles wird dem Römer zugeschrieben von R. Kühner *Ciceronis in*

Herrschaft — so erklärt der Stagirite — gebühre in erster Linie dem Gesetze:

δεῖ τοὺς νόμους εἶναι κυρίους,

daneben aber müsse der Obrigkeit das Recht gewahrt werden, die unvermeidlichen Lücken der Gesetze auszufüllen:

τὸν ἄρχοντα δὲ . . . περὶ τοίτων εἶναι κυρίους περὶ ἔσων ἐξαδυνατοῦσιν οἱ νόμοι ἀκριβῶς διὰ τὸ μὴ ἔξῃδιον εἶναι καθόλου διορίσαι περὶ πάντων¹⁰⁾.

Mag auch Cicero diese Formel nicht gekannt haben, so hiesse es doch die Beobachtungsgabe eines Mannes, der selbst Jurisdictionen¹¹⁾ verwaltet und vorher schon die Praetur des Verres gründlich studirt hatte, allzusehr unterschätzen, wenn man annehmen wollte, er sei sich des Widerspruchs nicht bewusst gewesen zwischen dem Postulate Platons und der herrschenden römischen Staatspraxis. Darnach ist Manches, was das dritte Buch der Leges bietet, gewiss als Idealrecht aufzufassen¹²⁾, und der Versuch ab-

philosophiam merita (1825) p. 118—121 und Baumhauer Disquisitio critica de Aristotelia ui in Ciceronis scriptis (1841) p. 152, 158, 169; vgl. noch Stahr Aristotelia II S. 157, 158, Aristoteles bei den Römern S. 51 und aus neuerer Zeit Saltzmann Ueber Ciceros Kenntniß der Platonischen Schriften S. 3 (Programm des Gymnasiums zu Cleve — 1885).

¹⁰⁾ Vgl. dazu I. 3—6, I. 10, I. 12 D. de leg. (I, 3); über die Lehre des Aristoteles neuestens (1887) G. Jellinek Gesetz und Verordnung S. 38, 39, 56.

¹¹⁾ Die verbreitete Ansicht, dass M. T. Cicero im Jahre 688 d. St. Praetor urbanus war (so z. B. Teuffel Litteraturgeschichte S. 295, 4. A. von Schwabe), ist unrichtig. Vielen wird das gewiss nichts Neues sein. Doch bemerke ich beiläufig, dass sich das Richtige aus den im Onomasticon Tullianum I p. 41 gesammelten Belegen ergibt. [Die daselbst in Bezug genommene Stelle aus den Briefen an Atticus steht lib. I. 4 § 2.] Cicero war Praetor repetundis.

¹²⁾ Vgl. auch De leg. III c. 2 § 4 in f.: *accomodabimus leges ad illud, quem probamus, statum.*

zuweisen, die Uebereinstimmung mit den römischen Einrichtungen durch künstliche Auslegung herzustellen.

Eine bewusste Abweichung dieser Art wird man auch in dem von der Praetur handelnden Absatz des Ciceronischen Verfassungsentwurfes (III. 3, 8) finden müssen. In dieser Stelle wird dem Gerichtsmagistrat, *qui priuata iudicet iudicariue iubeat*, die Aufgabe zugewiesen, der Hüter (*custos*) des Jus civile zu sein. Weder die Ergänzung noch die Verbesserung des Volksrechtes ist erwähnt. Die Befugniß, Recht zu sprechen gegen das Gesetz, war dem Praetor damit allem Anschein nach entzogen.

Kehren wir nun zurück zu der oben mitgetheilten Aeusserung über das Verhältniss von Gesetz und Obrigkeit! Wer das eben Gesagte nicht beachtet, könnte Ciceros Worten etwa folgenden Gedanken entnehmen. Die Gesetze wenden sich Gehorsam heischend in erster Linie an die Beamten. Das Volk hat nicht so sehr den Gesetzen als vielmehr den Magistraten zu gehorchen. Die letzteren sind für die Gemeindegenossen so zu sagen das sprechende Gesetz¹³⁾. Dieser Auslegung steht indess nicht allein die Verweisung auf Platon entgegen, sondern auch der Schlusssatz, dem kaum ein rechter Sinn abzugewinnen wäre. Man müsste annehmen, die Antithese sei eitel Schönrederei. Demnach dürfte eine andere Deutung den Vorzug verdienen.

Ciceros Auffassung ist die: dem Gemeinwesen stehen die Magistrate vor. Allein diese sind doch nur Werkzeuge der Gesetze. Was die Obrigkeit gebietet soll nichts Anderes sein als das Gesetz. Man kann daher sagen: die

¹³⁾ Vgl. Marcian in l. 8 D. de J. et J. (1. 1).

Obrigkeit sei die mit Sprache begabte Gesetzesnorm (*magistratum legem esse loquentem*)¹⁴). Andererseits darf man das Gesetz als einen Staatslenker bezeichnen, dem nur die Sprache fehlt (*legem autem mutum magistratum*); denn die Lex ist der eigentlich regierende Faktor.

Um zu beweisen, dass diese Paraphrase jedenfalls Nichts enthält, was dem Gedankenkreise Ciceros fremd war, lasse ich hier noch einige Sätze aus der Rede für Cluentius¹⁵) folgen:

Mens et animus et consilium et sententia civitatis posita est in legibus. ut corpora nostra sine mente, sic civitas sine lege suis partibus, ut nervis ac sanguine et membris, uti non potest. legum ministri magistratus circumspicite omnes rei publicae partes: omnia legum imperio et praescripto fieri uidebitis.

Auch aus dieser Aeusserung ergibt sich in besonderer Anwendung auf den Gerichtsherrn das Postulat: der Spruch des Praetors in iure soll die Lex, soll das Gesetz sein¹⁶). Wenn das wirklich Ciceros Meinung ist, dann hat es einen guten Sinn, den Magistrat die *lex loquens* zu nennen, und die römische Auffassung des Verhältnisses, in dem das Gesetz zum ausführenden Praetor steht, könnte kaum besser und kürzer charakterisirt werden als mit diesen Worten.

Nun wird man fragen, ob darnach ein Unterschied

¹⁴) Ähnliche Aussprüche griechischer Schriftsteller führt Bake an in seiner Ausgabe von Cicero De leg. p. 582 (1842).

¹⁵) C. 53 § 146, 147; vgl. auch noch Cie. De offic. I c. 25 § 89: *ut ii, qui praesunt rei publicae, legum similes sint*; II c. 12 § 41, 42: *eadem constituendarum legum fuit causa, quae regum . . . leges sunt inuentae, quae cum omnibus semper una atque eadem uoce loquerentur.*

¹⁶) Man wird mich wohl nicht missverstehen. Ich behaupte nicht: was der Praetor ausspricht soll Gesetz sein.

anzunehmen sei zwischen der, das Volksrecht verwirklichenden Thätigkeit des Praetors und der Rechtsprechung des heutigen Richters. Der Gegensatz wäre handgreiflich, wenn wir Bülow¹⁷⁾ beitreten müssten, der neuerdings in dem Urteilsspruch des modernen Richters eine Rechtszeugung findet, bei der das Gesetz, welches unmittelbar Recht gar nicht schaffen könne, bloß den Weg weise.

Diese neue Theorie mag aufgestellt sein mit der — unausgesprochenen — Nebenabsicht, dem deutschen Richteramt den grossen Reichsgesetzen gegenüber die unentbehrliche Selbständigkeit zu wahren, das freie judizielle Ermessen zu schützen und damit die individualisirende Behandlung des Einzelfalls zu sichern. Ohne Zweifel besteht ja zur Zeit die Gefahr, dass die neuen Gesetzbücher den Richter arg bedrücken und ihn der nötigen geistigen Freiheit berauben, zumal so lang die starre Masse der wissenschaftlichen Bearbeitung entbehrt. Die Civilprocessordnung, so sehr sie auch die richterliche Macht erweitert, ist doch in manchen Punkten eine viel genauere Herrin als der entschlafene gemeine Process, und das deutsche bürgerliche Gesetzbuch wird sicherlich mit seinen allgemein gefassten Paragraphen dem Richter weit näher auf den Leib rücken als die casuistische Rechtsweisheit der klassischen Juristen, der erst nachträglich die Kaisergewalt Gesetzeseigenschaft aufgeprägt hat.

So mag denn Bülows anregende Schrift gerade in unseren Tagen wohl am Platze sein als ein Mahnruf, gewidmet den deutschen Gerichten in einer Zeit drohender Uebermacht des abstracten Gesetzes. Eine andere Frage

¹⁷⁾ Gesetz und Richteramt S. 45—47.

aber ist es, ob die neue Lehre eine wirklich zutreffende Schilderung der Richterthätigkeit giebt, und ob sie sich zu behaupten vermag gegenüber gewissen unzweifelhaften Sätzen des positiven Rechtes, welche eine bestimmte Auffassung von Gesetz und Richteramt vorauszusetzen scheinen.

Was Bülow jetzt über den Richterberuf vorträgt, steht — wie er selbst betont — im schroffen Gegensatz zu der überlieferten Anschauung. Dieser letzteren zufolge empfangen die Lebensverhältnisse durch das Gesetz unmittelbar ihre rechtliche Ordnung, und des Richters Aufgabe geht nur dahin, die bereits vorhandene, wenngleich von den Parteien verkannte Ordnung in massgebender Weise festzustellen. Bülow dagegen spricht dem Gesetz die Fähigkeit ab, Recht zu erzeugen ohne Mitwirkung der „Betheiligten“ oder des Richters. Wo der Letztere eingreift, da ist es erst das Urtheil, welches innerhalb der gesetzlichen Grenzen das Recht des Einzelfalls bestimmt. Die Thätigkeit des Richters ist demnach im Wesen nicht verschieden von der Gesetzgebung. Sie ist Fortsetzung dessen, was der Gesetzgeber begonnen, aber nicht vollendet hat: sie ist *Nomothese* für den individuellen Fall.

Wie man sieht ist nach dieser Theorie das Richteramt zwar dem Gesetze untergeordnet, allein dem Richter ist gerade so viel Freiheit gestattet als mit dem Grundsatz der Unterordnung noch irgend verträglich ist. Stellt man die bei Festhaltung jenes Principis überhaupt denkbaren Auffassungen der Rechtsprechung in eine Reihe, so hat die von Bülow vertretene ihren Platz an dem einen Ende, während nach der entgegengesetzten Richtung diejenige, welche ich in Ciceros Worten ausgedrückt finde, als die äusserste erscheint.

Eine eingehende Kritik der neuen Lehre wird man an diesem Orte nicht erwarten. Da jedoch Widerspruch erhoben ist, müssen einige Worte zur Rechtfertigung gestattet sein.

Das Gesetz — so wird behauptet — hat nicht die Kraft, die Lebensverhältnisse genau zu regeln. Erst die Beteiligten oder der Richter vollenden die rechtliche Normierung. Ich schliesse daraus, — und Bülow wird diese Folgerung kaum zurückweisen können¹⁸⁾ — dass unter Umständen die richterliche Regelung (das Urteil) so oder anders ausfallen kann, ohne dass das Gesetz im einen oder anderen Falle verletzt wäre. Das eine Urteil mag angemessener sein als das andere, das Gesetz lässt beide zu, beide sind in diesem Sinne richtig.

Wer dies einräumt, setzt sich in unauflöslichen Widerspruch mit einem Grundgedanken des früheren gemeinrechtlichen wie des heute geltenden Rechtsmittelsystems der Civilprocessordnung. Durch Berufung und Revision soll die Nachprüfung des Urteils in der Rechtsfrage, durch die erstere auch in der Thatfrage erwirkt werden. Von der Revision sagt die Reichsprocessordnung (§ 511, 512), sie finde statt wegen Verletzung eines Gesetzes, welche vorliegt, wenn ein Gesetz nicht oder nicht richtig angewendet ist. Das Rechtsmittel ist also zulässig nicht allein, wenn der Richter das *ius in thesi* verkannt hat, sondern ebenso auch, wenn ein Fehler begangen wurde bei der

¹⁸⁾ Obwohl nach S. 11 die Abhängigkeit des Richters keine Wahl offen lässt, und nach S. 48 der Richter „die richtige Rechtsbestimmung zu treffen“ hat.

Anwendung des Gesetzes¹⁹⁾ auf die einzelne Rechts-
sache²⁰⁾.

Bülow wird zugeben, dass da, wo wir mit der Processordnung von „nichtrichtiger Anwendung des Gesetzes“ sprechen, seiner Theorie zufolge unter Umständen Rechtsfindung vorliegen kann innerhalb der Grenzen des richtig verstandenen Gesetzes. Soll nun in solchen Fällen Revision statthaft sein oder nicht? Wollte Bülow die Frage bejahen, so würde ich verweisen auf § 511, der eine Gesetzesverletzung verlangt. Soll dagegen das Rechtsmittel versagt sein, so würde es seiner vornehmlichsten Bestimmung schlecht entsprechen. Die Revision ist ja bekanntlich eingeführt zur Wahrung der Rechtseinheit, in der richtigen Erkenntniss, dass die Gesetzeseinheit eine gleichförmige Rechtsprechung keineswegs verbürgt, und dass inso weit²¹⁾ Gesetzeseinheit noch nicht Rechtseinheit ist. Wäre nun in dem oben gesetzten Falle²²⁾ die Revision ausgeschlossen,

¹⁹⁾ Uebrigens lässt sich diese Unterscheidung, so üblich sie ist, logisch kaum rechtfertigen. Liegt der Fehler nicht schon in der Feststellung des Thatbestandes, so kann er doch wieder nur auf mangelhafte Erfassung des Gesetzesinhalts zurückgeführt werden. Indess ist dieser Einwand nur möglich vom Standpunkt der herrschenden Theorie aus. Gerade nach Bülows Lehre wäre richterliche Rechtsbestimmung denkbar, die das „Richtige“ verfehlt, ohne doch das ius in thesi zu verletzen.

²⁰⁾ Vgl. noch CPO § 516 Abs. 2 Nr. 1, § 528 Abs. 3 Nr. 1: dazu etwa Wach Vorträge über die Reichscivilprocessordnung S. 209, Fitting Der Reichscivilprocess S. 280, 281 (5. Aufl.).

²¹⁾ Weismann in der Zeitschr. f. deutschen Civilprocess Bd. IX S. 185 scheint mit Bülow weiterzugehen, während er im Uebrigen S. 175—178 zu vermitteln sucht und sich mehr der herrschenden Auffassung zuneigt. Soweit nicht Richtersprüche eingreifen, ist — wenn man absieht vom Gewohnheitsrecht — mit der Gesetzeseinheit notwendig auch die Rechtseinheit gegeben.

²²⁾ Ein Anhängler der gemeinen Ansicht würde sagen: in Fällen, wo ohne offene Gesetzverletzung verschiedene Entscheidungen mög-

so hätte man für die Uebereinstimmung der Richtersprüche gerade an dem Punkt nicht gesorgt, wo sie am ehesten gefährdet ist.

Ein anderer Einwand gegen die bekämpfte Theorie kann hier nur angedeutet werden. Bülow²³⁾ behauptet, „das Gesetz selber sei nicht die Quelle des Rechts, die Macht der Gesetzgebung reiche gar nicht heran bis an das wirkliche Rechtsleben, erst der Richter vollende die Rechtsbestimmung“. Mit diesen Sätzen wird meines Erachtens dem sogenannten internationalen Privatrecht der Boden entzogen, auf dem es allein erwachsen konnte und auf dem es heute noch steht. Beruht doch die Zulassung fremder Gesetze in der heimischen Rechtsprechung wesentlich auf der Vorstellung, dass jedem Verhältniss, welches überhaupt rechtlicher Normirung unterliegt, gleich von der Entstehung an die Rechtsbestimmung anhaftet, und dass aus diesem Grunde das Ortsrecht des Gerichtes, vor dem der Streit entbrennt, für die Entscheidung nicht schlechthin massgebend sein kann. Das internationale Privatrecht hätte eine andere, weit einfachere Gestalt anzunehmen, wenn das streitige Verhältniss wirklich erst vom Richter seine endgültige Normirung erhielte.

Es liegt sehr nahe, schliesslich noch an die bekannte *Maxime* zu erinnern, dass Gesetze, die sich nicht für Interpretation ausgeben, im Zweifel nicht zurückwirken. Auch dieser Satz hat seine Wurzel in der gemeinen Anschauung

lich sind. Natürlich denke ich dabei nicht an solche Urtheile, die nach gesetzlicher Weisung ihren Inhalt aus dem freien Ermessen des Richters empfangen. Sprüche dieser Art sind ohne Zweifel der Revision nicht unterworfen; vgl. L. Seuffert Ueber richterliches Ermessen S. 9.

²³⁾ A. a. O. S. 46, 47.

von der unmittelbar rechtsgestaltenden Kraft der Gesetze. Was der Vergangenheit angehört will der Gesetzgeber gewöhnlich durch die neue Regel nicht treffen; darum nicht treffen, weil es schon rechtlich bestimmt ist durch die alte Norm. Dagegen dürfte ein Anhänger der neuen Lehre mindestens solchen Gesetzen grundsätzlich die Rückwirkung nicht versagen, welche einem Thatbestande Rechtsfolgen zuschreiben, die der Richter möglicher Weise schon nach dem alten Rechte hätte annehmen können.

Ob es nicht Bülow gelingen würde, diese und ähnliche Bedenken zu beseitigen durch Abschwächung mancher zu scharf zugespitzten Behauptung, das kann wohl dahingestellt bleiben²⁴⁾. Jedenfalls glaube ich gezeigt zu haben, dass eine Theorie, welche die Stellung des Richters zum Gesetz in so wesentlich anderer Weise bestimmt als es bisher geschehen war, die Herrschaft nicht antreten könnte ohne tiefgehende Erschütterung des geltenden Rechtes an verschiedenen Punkten. So wenig also Bülows Lehre geeignet scheint, eine einfachere und erschöpfendere Erfassung des gegenwärtig Bestehenden zu vermitteln, so gewiss wäre es doch denkbar, die Aufgabe des Richteramts der neuen Formel gemäss zu gestalten. Man darf eben nicht glauben, über das fragliche Verhältniss etwas an sich Richtiges feststellen zu können, das dann mehr oder minder überall und immer verwirklicht wäre.

Wer dies Letztere bedenkt, wird auch der Versuchung widerstehen, Ciceros oben erläuterten Ausspruch ohne

²⁴⁾ Gegen Bülow, der seine Ansicht schon im Archiv für civil. Praxis Bd. 62 S. 93 N. 72 angedeutet hatte, erklärt sich aus anderen Gründen auch Wach Handbuch des deutschen Civilprocessrechts Bd. I S. 7 N. 7. A. Merkel Juristische Encyclopädie § 347 Note kommt Bülow sehr nahe; vgl. aber auch § 119 und § 419.

Weiteres heranzuziehen zur Veranschaulichung unserer heutigen Auffassung des Richterberufs, wie sie vor Bülow allgemein angenommen war. Die Uebereinstimmung mit Cicero ist in der That nur eine scheinbare. Niemand wird im Ernste den modernen Richter oder gar den Verwaltungsbeamten eine *lex loquens* in dem früher dargelegten Sinne nennen wollen. Man lese etwa Wachs Aeusserungen über diesen Gegenstand, die zugleich als Zeugniß für die gemeine Ansicht hier folgen mögen:

„Das Urteil ist seinem Begriffe nach Rechtsanwendung, nicht Rechtsschöpfung. Der Richter ‚urteilt‘, sofern er den speciellen Thatbestand unter das Gesetz subsumirt, in ihm die Norm des Gesetzes aufdeckt. Das Gesetz spricht durch seinen Mund. Deshalb spricht er autoritativ.“

Mit diesen Bemerkungen, die den „Vorträgen“²⁵⁾ entnommen sind, vergleiche man Folgendes²⁶⁾:

„Stetig steigend macht sich die Erkenntniß geltend, dass das freie richterliche Urteil dem gesetzgeberischen Willen zum lebendigen Medium dienen müsse.“

Derselbe Gedanke begegnet endlich auch im Handbuch²⁷⁾:

„Das Gericht ist der Mund, nicht das Mundstück des Gesetzes; der abstract ausgesprochene Wille kommt im Urteil zum concreten Ausdruck.“

In der erstangeführten Stelle bedient sich Wach²⁸⁾ desselben Bildes, das Cicero gebraucht, allein — wie der

²⁵⁾ S. 102, S. 74, 75; vgl. auch Stintzing Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I S. 50, 51.

²⁶⁾ Archiv für civ. Praxis Bd. 64 S. 205 N. 3.

²⁷⁾ Bd. I S. 9 und 313, dazu S. 6—8.

²⁸⁾ Ebenso Ihering Zweck im Recht Bd. I S. 387 (2. Aufl.).

unmittelbar folgende Satz zeigt — blos zur Erklärung der Rechtskraft des Urteils. Später wird dann die Vorstellung, dass der Richterspruch nur ein Echo, nur eine Wiederholung der Gesetzesnorm sei, mehrmals und so deutlich als möglich abgelehnt.

Während also Ciceros Sprichwort²⁹⁾ die Lex als eine lebendige Macht auffasst und den Magistrat nur als todes. willenloses Werkzeug, ist nach unserer Anschauung umgekehrt das Gesetz so lange „todter Buchstabe“, als es nicht zum Leben erweckt ist von der vollziehenden Gewalt. Dem Römer erscheint der rechtsprechende Magistrat, wenn er das Gesetz ausführt, als eine Maschine, welche von der Lex in Bewegung gesetzt ist, als ein Körper, in dem kein individueller, sondern nur der Volkswille lebt. Wir dagegen erblicken im Richter wie im Verwaltungsbeamten ein lebendiges, beseeltes Staatsorgan, dessen Verordnung ein Ausfluss des eigenen Willens ist, mag auch dieser Wille gebunden, und der Beamte verpflichtet sein, nur das zu verordnen, was das Gesetz gebietet.

Ciceros Ideal ist genau dasselbe, welches Montesquieu³⁰⁾ vorschwebt, der von den Richtern verlangt, sie sollten sein *des êtres inanimés*, nichts Anderes *que la bouche qui prononce les paroles de la loi*, und demgemäss von den Urteilen: *les jugements doivent être fixes à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi*.

²⁹⁾ Bei Graf und Dietherr ist auf S. 406 (auch S. 486) als deutsches Rechtssprichwort Folgendes aufgeführt: „Die Obrigkeit ist ein lebendig ordnendes Recht, das Gesetz ist eine stumme Obrigkeit“: vgl. auch Bülow im Archiv Bd. 62 S. 94 N. 72. Es ist mir nicht bekannt, wo die Sammler diesen Spruch gefunden haben. Die Vermutung aber wird erlaubt sein, dass an diesem Sprichwort Nichts deutsch sei als dessen Adoptivväter.

³⁰⁾ *Esprit des lois* XI c. 6 (Paris 1849: p. 134 und 130).

Das Urteilen war in Rom nicht Sache der Magistrate, sondern der Geschworenen. Setzt man aber an die Stelle der *juges* die Praetoren und an die Stelle der *jugements* die Processinstruction mit der Bestellung des Judiciums auf Grund der Lex, so könnte Montesquieus Maxime immerhin als ein vollkommenes Abbild eines im alten Rom wirklich vorhandenen Verhältnisses gelten. Verlangt man endlich eine kurze Formel, die den Kern der römischen Anschauung trifft, so würde ich sagen: das Wesentliche ist das Verschwinden der Person des Beamten hinter der Lex, oder noch deutlicher: das Uebersehen des ausführenden Beamtenwillens, der für die Römer so gut wie nicht vorhanden ist; was dann zur Folge hat, dass die eigentlich wirkende Macht, das Gesetz, allein auf dem Schauplatz erscheint.

Die in verschiedenen Materien auftauchenden Belege für diese Behauptung sind in der vorliegenden Schrift nur zum kleinen Teil beigebracht. Es muss einer späteren Zeit vorbehalten bleiben, die Erörterungen über den Praetor als Organ der Lex in anderem Zusammenhang wieder aufzunehmen und zum Abschluss zu bringen.

Erstes Capitel.

Das *Judicium legitimum*. — I. Erklärung des Namens.

§ 1. Das *Judicium legitimum* und *Judicium imperio continens* in der Litteratur.

Ursprung und Bedeutung der *iudicia legitima* im Gegensatz zu den *iudicia quae imperio continentur* gelten der heutigen Wissenschaft noch als ungelöste Rätsel. Darum bedarf ein neuer Versuch der schwierigen Frage beizukommen nicht erst der Rechtfertigung. Auch der Zusammenhang mit der zur Einleitung vorausgeschickten Betrachtung ist unschwer zu erkennen. Die beiden Processgattungen, welche Gaius IV. 103—109 bespricht, sind mit Namen belegt, die allein schon die Aufmerksamkeit desjenigen herausfordern, der das Verhältniss des Praetors zum Gesetze untersucht. Uebrigens ist es meine Absicht, an dieser Stelle Alles anzuführen, was irgend geeignet scheint, den von Gaius bezeugten Gegensatz im römischen Processrecht dem Verständniss näher zu bringen. Meine Erörterungen werden daher nicht selten über jene Grenzen

hinausgehen, welche zu beobachten wären bei genauer Festhaltung des in der Einleitung aufgestellten Gesichtspunktes.

Zuvor einige Worte über die bisherige Litteratur, die ich in der Note¹⁾ in möglichster Vollständigkeit zusammenstelle.

¹⁾ Schrader Was gewinnt die römische Rechtsgeschichte durch Gaius? S. 16, 17 (Heidelberg. Jahrb. von 1823), E. Huschke in Imman. Huschkes *Analecta litteraria* p. 220, 221, 250—252, Keller Ueber Litis Contestation S. 111—117, 130—165, Heffter *Observationum liber* S. 77 N. 9, S. 97—103, Zimmern Geschichte des römischen Privatrechts Bd. III S. 89—92, Huschke *Incerti auctoris expositiones* p. 68—72, M. S. Mayer Die Litis Contestatio S. 1—20, 145—159, Schweppe Röm. Rechtsgeschichte S. 912, 913 (3. A.), Busse De legitimo iudicio (1835 — eine wertlose Berliner Dissertation), C. Sell Die Recuperatio S. 258—271 (verfehlt), v. d. Pfordten und Fein im Archiv für civ. Praxis Bd. XXIV S. 143—147, 150, 151, Bd. XXVI S. 376—384, Mühlenbruch bei Heineccius, *Antiquitatum Roman. Syntagma* p. 670—672, Savigny *System* Bd. II S. 439—442, Bd. V S. 61 N. a, S. 322, Puchta in der Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft Bd. X S. 207 N. 10 (= Kleine civ. Schriften S. 527 N. k), Puchta *Cursus* Bd. I § 159 (S. 464, 465), Walter Geschichte des röm. Rechts Bd. II § 700 (3. A.), Buchka Einfluss des Processes 1 S. 8—10, 14, 15, Keller Civilprocess S. 225—227, 300, 303, 305 (N. 712), 357, 365 (6. Ausg.), Rudorff im Berl. Index lectionum für das Wintersemester 1850 p. 6—9, Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. 1 S. 470, 471, Bekker Die proc. Consumption S. 278—282, 300, Brackenhoeft in der Zeitschr. für Civilrecht und Process N. F. Bd. X S. 321—374, Huschke Gaius, Beiträge S. 176, 177, 184, 185, Windscheid Die Actio S. 53, 54, Actio, Abwehr S. 50—52, Muther Zur Lehre von der röm. Actio S. 73—76, 80, 81, Mommsen Stadtrechte von Salpensa S. 435 N. 129, Die Rechtsfrage zwischen Caesar und dem Senat S. 22—24 N. 48—50 und 52, Ueber das Rubriche Gesetz in Bekkers Jahrbuch Bd. II S. 329 N. 10, Röm. Geschichte Bd. 1 S. 259, 260 Note (6. Aufl.), Lange Röm. Altertümer Bd. 1 S. 785, 788, 789 (3. Aufl.), Rein Privatrecht und Civilprocess S. 876, 885 (2. A.), Voigt Jus naturale Bd. II S. 192, 405 N. 489, S. 657, Rudorff Röm. Rechtsgeschichte Bd. II S. 11—13, Huschke *Jurisprudentia Antejustiniana* zu Gai. IV. 106, P. Krüger Proc. Consumtion S. 28—33, Wieding Justin. Libellprocess S. 406, Bethmann-Hollweg Röm. Civilprocess Bd. II S. 168, 169, 177, 178,

Vor Anderen berufen, das Wesen des „legitimen“ Processes zu ermitteln, waren jene Schriftsteller, welche die processuale Consumtion des klassischen Rechtes zum Gegenstand ihrer Studien machten. Die Reihe derselben eröffnet Keller mit seiner grundlegenden „Litis Contestation“. Einige Bemerkungen in diesem Buche, welche das *iudicium imperio continens* betreffen, scheinen den richtigen Weg anzuzeigen, den freilich von den Späteren Keiner beharrlich verfolgt, und den Keller selbst im „Civilprocess“ ausser Acht lässt.

Die *iudicia legitima* hat meines Wissens zuerst Puchta in der Abhandlung über das Rubriche Gesetz (Note 10 = N. k) mit der Lex Aebutia in Zusammenhang gebracht, und derselbe Gelehrte billigt im Institutionencursus²⁾ die

489—493, Kuntze Cursus des röm. Rechts S. 144, 145 (2. Aufl.), Mommsen Röm. Staatsrecht Bd. I S. 66, 182—187, 613, 614, Bd. II S. 221, Bd. III S. 529 N. 3, Eisele Materielle Grundlage der Exceptio S. 154, 155, 159—167, 176—179, Puntschart Grundgesetzliches Civilrecht S. 92—94, 120, 121, 132, 157—159, 194, 195, 267, 423, dazu desselben Verf. Rektoratsrede: Der entscheidende Einfluss der Gesetzgebung S. 55—61, 65—67, Ihering Geist II § 47^d S. 669, 673 (3. A.), Zweck im Recht Bd. I S. 346 Note (2. Aufl.), Esmarch Röm. Rechtsgeschichte S. 161, 305 (2. Aufl.), Willems Le droit public p. 237, 342, 472 (5. Aufl.), Brini im Archivio giuridico vol. XXI p. 269—273, Voigt Die XII Tafeln Bd. I S. 552 N. 42, Cogliolo Trattato della eccezione di cosa giudicata vol. I p. 20—25, 28—41, 62—66, 70—73, dazu Archivio giuridico vol. XXXIII p. 403—406, Pernice Parerga II (Zeitschr. für Rechtsgeschichte R. A. Bd. XVIII) S. 38 N. 2, S. 122, 123, Sohm Institutionen S. 152 N. 1 (2. Aufl.), Baron Geschichte des röm. Rechts Bd. I S. 362, 363, Seitz Geschichte der röm. possessio S. 120, 121, Kappeyne van de Coppello Abhandlungen zum römischen Staats- und Privatrecht Heft II S. 302, 303, 306, 327—329, O. E. Hartmann-Ubbelohde Der ordo iudiciorum I S. 259—263, 379—381, 561—573, Kipp Die Litisdenunciation S. 246—251.

²⁾ Bd. I § 83 (S. 205), § 163 (S. 481).

Huschke'sche Hypothese, wornach das Formularverfahren in der Peregrinenrechtspflege der römischen Magistrate entstanden und später durch Gesetz nur recipirt sei. Im wesentlichen zum selben Ergebniss gelangt Voigt, dem wir die eingehendste Untersuchung des älteren Recuperationsprocesses verdanken³⁾.

Puchtas und Huschkes Vermutungen finde ich in ansprechender Weise combinirt bei Dernburg in der bekannten Rezension des Keller'schen Civilprocesses. Freilich fehlt hier jede Begründung⁴⁾ der ausdrücklich als hypothetisch bezeichneten Aufstellung. In Folge dessen ist auch dieser Erklärungsversuch ausser von Muther und Puntschart von den jüngeren Schriftstellern kaum mehr beachtet worden.

Was in den Lehr- und Handbüchern des römischen Processes über das *iudicium legitimum* und *imperio continens* gesagt ist, kann gewiss nicht genügen. Wie wenig man mit den Nachrichten des Gaius anzufangen wusste, das zeigt besonders deutlich ein Umstand: die Heimatlosigkeit unserer Lehre, die auch heute noch keinen festen Platz im System einnimmt. Während Keller die Unterscheidung der *Judicia* am Schlusse des Capitels von der Form des Verfahrens behandelt, bespricht Puchta die Materie unter der Rubrik Processzeit, Zimmern bei den Klagen gattungen, Rudorff in der Lehre von den Gerichten, Kuntze bei der Ausstattung des Processes. Das

³⁾ Jus naturale Bd. II S. 177—198, vgl. auch Bd. IV Beil. XII S. 136—143. Die herrschende Ansicht über die Herkunft der Recupero-
ratorengerichte ist meines Erachtens durch den Angriff O. E. Hartmanns a. a. O. S. 251—263 keineswegs erschüttert.

⁴⁾ Ebenso bei Kappeyne a. a. O. S. 302, 327—329, der ebenfalls Puchtas Ansicht vorträgt, ohne sich jedoch auf diesen zu berufen.

neueste Processhandbuch endlich von Bethmann-Hollweg widmet dem Gegenstande überhaupt keine besondere Besprechung, sondern erwähnt ihn nur gelegentlich an verschiedenen Orten, namentlich in dem Paragraphen über die Processconsumtion. Bei dieser Unsicherheit der besten Autoritäten verzichtet Willems in seinem verdienstvollen *Droit public romain* auf jede eigene Begriffsbestimmung der beiden Processgattungen und überlässt dem Gaius das Wort, aus dessen Institutionen die Hauptstelle abgedruckt ist.

Von den Schriften der jüngsten Zeit sind noch hervorzuheben das Staatsrecht von Mommsen und Puntcharts Grundgesetzliches Civilrecht. In dem erstgenannten Werke ist die Civiljurisdiction vom staatsrechtlichen Gesichtspunkt aus als ein Zweig der magistratischen Competenz behandelt und dabei der Unterscheidung der *Judicia* die ihr gebührende Rolle zugeteilt. Ebenso dankenswert ist es, wenn Mommsen (I, 613) das *iudicium imperio continens* den praetorischen Edicten an die Seite stellt und die Anordnung eines derartigen Gerichtes als einen nicht gesetzausführenden Akt bezeichnet, der eben darum mit dem Rücktritt des Magistrats zusammenfällt.

So richtig diese Wahrnehmung ist, so wenig scheint sie ihr Urheber selbst beachtet zu haben, als er die unsichere Definition auf S. 182 niederschrieb, wo es von demselben *Judicium* heisst: „es wird aufgefasst als nicht unmittelbar aus dem Gesetz hervorgegangen⁵⁾), sondern als beruhend auf der discretionären Gewalt des Magistrats“.

⁵⁾ In der dritten Auflage lautet dieser Satz [S. 186]: „. . . als beruhend nicht unmittelbar auf dem Gesetz, sondern . . .“

Ich frage zunächst: ist diese „Auffassung“ (offenbar der Römer) richtig oder nicht? Ferner: was für ein Gesetz soll das sein, das nur nicht „unmittelbar“, also doch wohl mittelbar für das *Judicium* die Grundlage abgab? Doch nicht das Gründungsgesetz der Magistratur oder die concrete *lex curiata (de imperio)*? Denn auf dieser Basis ruht überhaupt jede innerhalb der magistratischen Competenz gesetzte Amtshandlung, beispielsweise das praetorische Edict, welches Volksrecht corrigirt, ganz ebenso wie die Thätigkeit des Praetors im *Legisactionenprocess*. Will also Mommsen nicht etwas Selbstverständliches betonen, dann denkt er doch an eine *Lex*, welche die Anordnung des *Judiciums* regelt, freilich nur „mittelbar“ (?).

Ebenso unbefriedigend ist auf S. 182, 183, 184 N. 2 [S. 189 N. 1] die Begriffsbestimmung des *iudicium legitimum*. Zuerst wird es genannt ein Process der ältesten⁶⁾ und der „strengen Rechtsform“; sodann wird uns gesagt, auch das legitime Gericht „stütze sich insofern auf das Imperium, als das Gesetz den Praetor angewiesen hat, sein Imperium in der Weise zu brauchen, dass dadurch dieses Gericht begründet wird“⁷⁾.

Die letztere Behauptung muss in mehrfacher Beziehung angefochten werden. Hier möchte ich nur aufmerksam machen auf die eigentümlich gewundene Erklärung des

⁶⁾ In der dritten Auflage S. 186: das Gericht im „ältesten Kreise“, d. h. domi, zwischen Bürgern und vor dem *index mus*, dann S. 187: „der strengen Rechtsform“.

⁷⁾ In der neuen Ausgabe ist sachlich Nichts geändert; doch sind einige Worte gestrichen [S. 189 N. 1]: „... insofern das Gesetz den Praetor angewiesen hat, durch sein Imperium dieses Gericht herbeizuführen“.

Prädikats „legitimum“. Sind alle Worte in dem citirten Satze mit Vorbedacht gewählt, dann wäre nach Mommsen das *Judicium legitimum* schon vorhanden, schon ein feststehender Begriff gewesen, als „das Gesetz“ (welches?) den Praetor anwies, *Judicia* dieser Art („dieses Gericht“) herbeizuführen. Als „legitim“ erschiene also ein Gericht nicht schon darum, weil es vom Praetor angeordnet wird in Ausführung irgend welcher Lex, sondern legitim hiesse nur der vom Magistrat nach dem Gebote des (?) Gesetzes in bestimmter Weise, nämlich in „strenger Rechtsform“ instruirte Process. Unter „strenger Rechtsform“ kann die *Legisactio* nicht verstanden sein, — diese Annahme wäre unvereinbar mit den Quellen — es wird also gemeint sein (vgl. S. 182), der Einzelgeschworne (*unus iudex*) und was sonst noch bei Gaius IV. 104 als Kennzeichen des *Judicium legitimum* aufgeführt ist⁸⁾. Der *unus iudex* könnte wieder ein auf älterem Gesetz beruhendes Institut sein, und darum der vor ihm in Rom unter römischen Bürgern verhandelte Process legitim heissen⁹⁾.

Ob diese Ausführung wirklich Mommsens Gedanken trifft, dessen bin ich keineswegs sicher. Jedenfalls müsste gegen diese überkünstliche Erklärung Widerspruch erhoben werden. Eine besondere Widerlegung freilich ist kaum möglich, da wir einer nur flüchtig skizzirten Ansicht gegen-

⁸⁾ Dass diese Auslegung richtig ist, das steht jetzt ausser Zweifel. Die „älteste Processform“ der zweiten Auflage (S. 182) ist neuestens ersetzt [S. 186] durch den Process im „ältesten Kreise“; vgl. dazu oben S. 23 N. 6.

⁹⁾ Pernice *Parerga* II S 123 N. 1 glaubt mit Mommsen übereinzustimmen — vielleicht nicht ganz mit Recht. Möglich, dass er Mommsens oben besprochene Aeusserung anders versteht als ich. Besonderes Gewicht legt Pernice auf den *unus iudex*.

überstehen, die erst genauer dargelegt und begründet sein müsste, um wissenschaftlich angreifbar zu werden.

Zum Schlusse ist endlich noch Puntscharts zu gedenken, dessen oben schon erwähntes Werk die Lehre vom *Judicium legitimum* im richtigen Zusammenhang, und zwar im Capitel über die Processreform behandelt und auch sonst manche feine und treffende Bemerkung enthält. Leider taucht in dem hergehörigen Abschnitte das richtig Beobachtete unter in einem Wüste haltloser Hypothesen über den Inhalt der Reformgesetze. Wann die *Lex Aebutia* erlassen wurde und was sie anordnete, glaubt Puntchart ganz genau zu wissen. Nicht als Gerichtsordnung sei sie zu bezeichnen, sondern als eines der wichtigsten Verfassungsgesetze, das den rechtsprechenden Magistraten „neue und höhere Jurisdictionen“ verlieh und so das Honorarrecht begründete. Dem *Praetor urbanus* habe sie die weitgehendsten Befugnisse verliehen, nämlich die *potestas iuris civilis supplendi et corrigendi*, während der *Peregrinenpraetor* nur ermächtigt wurde, das „Civilrecht des Urbanpraetors“ zu ergänzen und zu verbessern. In entsprechender Weise wird dann noch gesorgt für die *curulischen Aedilen*, und schliesslich dem Gesetz eine Clausel zugeschrieben über die Form, in der die Publication des praetorischen Rechtes zu geschehen hatte.

Alle diese und andere unwahrscheinliche Dinge will Puntchart in unseren dürftigen Quellen gefunden haben. Seine Hauptbelegstellen druckt er ab auf S. 120, 121 mit einigen zur Erläuterung eingefügten Worten. Ich denke, unbefangene Leser werden in dem echten aus Cicero (in *Verr.* II l. I. c. 45), Gellius (XVI. 10 § 8) und Gaius (IV. 30) genommenen Texte auch nicht die Spur

eines Beweisgrundes zu entdecken vermögen und darum des Verfassers Einschießel für völlig willkürlich erklären. Es bleibt dann nur Gellius XX. 10 § 9 übrig — eine Stelle, die so, wie sie in den Handschriften lautet, Puntscharts Behauptungen noch lange nicht beweist, immerhin aber allerlei Vermutungen ähnlicher Art hervorrufen könnte. Nun ist aber der handschriftliche Text der citirten Stelle in neuerer Zeit von Philologen wie von Juristen einstimmig verworfen. Nur Punschart hält ihn hartnäckig fest, auch noch in der Rektoratsrede¹⁰⁾ von 1880 (S. 48), obwohl damals bereits Karlowas einleuchtender Verbesserungsvorschlag bekannt war, den jetzt auch Martin Hertz, der hervorragendste Kenner des Gellius, in seiner grossen Ausgabe (1885) angenommen hat. Trifft die „emendatio palmaris“ (*satis iurisdictionis negotiis occupati* statt *datis iurisdictionibus negotiis occupati*) das Richtige, — was kaum zu bezweifeln ist — dann handelt die fragliche Stelle gar nicht von einer Erweiterung der praetorischen Competenz und hat auch mit der Lex Aebutia Nichts zu schaffen.

§ 2. Judicium und Actio.

Die Litteratur bietet, wie die gegebene Uebersicht zeigt, ein Bild der Zerfahrenheit. Die Schuld davon tragen die Quellen nur insofern, als sie lückenhaft sind und daher auf wichtige Fragen keine Antwort geben. Dagegen lassen die wenigen Nachrichten, die wir haben, an Klarheit Nichts zu wünschen übrig und stimmen aufs Beste zusammen.

¹⁰⁾ Und neuestens (1887) wieder in der Münchener krit. Vierteljahrsschrift Bd. XXVIII S. 518. Zum dritten Mal legt Punschart seinen Lesern dieselbe Theorie fast mit denselben Worten vor!

Ueber das *iudicium legitimum* konnte man vor der Auffindung des Gaius kaum Etwas wissen, von dem *iudicium, quod imperio continetur*, war nicht einmal der Name bekannt. Ueber das erstere berichtet Gaius IV. 103, 104:

Omnia . . . iudicia aut legitimo iure consistunt aut imperio continentur. Legitima sunt iudicia quae in urbe Roma uel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes ciues Romanos sub uno iudice accipiuntur, eaque [e] lege Julia iudicia[ria], nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant. et hoc est quod uulgo dicitur e lege Julia litem anno et sex mensibus mori.

Zuerst müssen wir fragen, was *iudicium* in dieser Stelle bedeutet. Bekanntlich kommt das Wort in den Quellen nicht selten vor zur Bezeichnung der Klage des klassischen Rechtes, zuweilen auch abwechselnd mit *actio*¹⁾. Dass dies aber nicht der ursprüngliche Sinn ist, bedarf kaum eines Beweises; ebensowenig die Behauptung, dass *iudicium* noch in der späteren Rechtsliteratur in verschiedenen anderen Bedeutungen gebraucht wird.

Wie man in klassischer Zeit *actio* und *iudicium* zu unterscheiden wusste, und wie sich die durch diese Worte vertretenen Begriffe zu einander verhielten, das zeigt zum Beispiel eine Aeußerung des Celsus in l. 31 D. de iudic. (5, 1), wo die Rede ist vom *iudicio agere* und vom *per-*

¹⁾ Weiter unten (§ 8) ist gezeigt, dass *actio* in älterer Zeit = *legis actio* ist, wofür *iudicium* niemals gesetzt werden konnte, während allerdings *actio* bei den Späteren auch die Schriftformelklage bezeichnet, insofern also = *iudicium* ist. — Ob die Aufstellung von Gradenwitz Interpolationen in den Pandekten S. 103 (1887) mit dem hier Gesagten irgend einen Berührungspunkt hat, kann ich einstweilen nicht entscheiden, da die von dem genannten Gelehrten in Aussicht gestellte Begründung seiner Ansicht noch nicht vorliegt.

*ducere actionem in iudicium*²⁾). Genau in demselben Sinne wie Celsus verwendet offenbar auch Gaius l. c. den in Frage stehenden Ausdruck. Zum Beweise braucht bloß verwiesen zu werden auf § 106 und 107, wo es heisst:

siquidem imperio continenti iudicio actum fuerit . . . ea formula — si legitimo iudicio . . . actum sit ea formula.

Darnach vollzieht sich also das agere im Iudicium.

Ganz ausdrücklich warnt dann § 109 vor der Verwechslung der zwei wichtigsten Bedeutungen von *iudicium* mit den Worten: *Ceterum potest ex lege quidem esse iudicium, sed legitimum non esse; et contra ex lege non esse, sed legitimum esse.*

Wie die folgenden Sätze darthun, hätte der Jurist — wenn es ihm nicht nebenbei darauf ankam, die Doppeldeutigkeit von *iudicium* zu betonen — ebenso gut schreiben können:

*Ceterum potest ex lege (oder legitima) esse actio, quamvis iudicium legitimum non sit; et contra actio ex lege (oder legitima) non esse, quamvis iudicium sit legitimum*³⁾).

Es wäre ein arges Missverständniss, wenn man aus der citirten Stelle einen Gegensatz von *ex lege* und *legitimum esse* herauslesen wollte. Ohne Zweifel sind diese

²⁾ Vgl. auch Celsus in l. 51 D. de O. et A. (44, 7).

³⁾ Ich glaube mit Keller *Litiscontestatio* S. 112 N. 1 völlig übereinzustimmen. Auch Puchta *Cursus* Bd. I S. 465 hat das Richtige gedrückt sich aber höchst unglücklich aus, wenn er sagt: „Gaius warnt vor der Verwechslung dieser *legitima iudicia* mit den *iudicia ex lege*, d. h. welche die Folge einer durch eine Lex gegebenen Klage sind.“ Die Folge der Klage ist der Process. Dieser aber ist darum, weil die Actio aus einer Lex her stammt, weder legitim noch ex lege. Unklar auch Krüger *Consumtio* S. 37, 38.

beiden Ausdrücke gleichbedeutend: die *actio ex lege* ist eine *legitima* und das *iudicium legitimum* ist *ex lege*.

Dem Gesagten nach werden wir vorerst für *iudicium* die nächstliegende Uebersetzung wählen und im Deutschen vom „Gericht“ reden dürfen. *Legitimum iudicium* hiesse also das gesetzliche Gericht, wobei vor Allem zu denken wäre an den nach dem Gesetze bestellten und vom Gesetz mit Richterergewalt ausgerüsteten Geschwornen, weiter aber auch an das ganze Verfahren vor einem solchen Richter. Man kann daher das *iudicium legitimum* auch einen gesetzlichen Process nennen, wenn nur die Gesetzlichkeit des Richters noch hinzugedacht wird.

Auch damit ist übrigens die Bedeutung des Ausdrucks nicht vollends erschöpft. Gaius sagt: *legitima sunt iudicia quae accipiuntur* (104), ebenso von den *imperio continencia*: *accipiuntur* (105), ferner: *si legitimo iudicio actum sit* (107), *si imperio continenti actum fuerit* (106), *si ex lege in prouinciis agatur imperio continebitur iudicium* (109), *si legitimo iudicio debitum petiero* (III. 181).

Das *agere* und *petere* bedeutet vornehmlich die Rechtsverfolgung vor dem Praetor und auch das *accipere iudicium* gehört dem Verfahren in iure an. Wenn nun wiederholt die Rede ist von einem *agere* im *iudicium* (*legitimum* und *imperio continens*), so muss der fragliche Ausdruck das Verfahren vor dem Magistrat mit umfassen, *iudicium* muss also gebraucht sein zur Bezeichnung des ganzen Processes.

Um jeden Zweifel zu beseitigen, bringe ich noch Gai. III. 180⁴⁾ in Erinnerung, wo es heisst, die *Litis-*

⁴⁾ Vgl. dazu auch Gai. III. 83 in f.: (*lites contestatae*) *legitimo*

contestation hebe die Obligation auf, *si modo legitimo iudicio fuerit actum*, endlich Gai. I. 184 und Ulp. XI. 24, 27, wo das *iudicium legitimum* der *legis actio* an die Seite gestellt ist (vgl. auch Gai. IV. 108). Die Litiscontestation fällt in das erste Processstadium und doch — wie die Gaiusstelle zeigt — auch ins *iudicium legitimum*. Ebenso giebt die *Legisactio* zunächst nur dem Verfahren in iure die Form. Wenn trotzdem Ulpian *lege* und *legitimo iudicio agere* verbinden kann, so muss offenbar der letztere Ausdruck für den Process vor dem Praetor gebraucht sein. Darnach dürfen wir wohl die behauptete weitere Bedeutung von *iudicium* als gesichert betrachten⁵⁾.

Durch diese Feststellung sind nun scheinbar *Actio* und *Judicium* wieder näher an einander gerückt. Dennoch ist eine Verwechselung kaum mehr zu befürchten. Seitdem die Unklarheit überwunden ist, — hauptsächlich durch Iherings⁶⁾ Untersuchung § 47^c —, welche aus der Doppeldeutigkeit von *legis actio* entstanden war, muss es leicht gelingen, auch *iudicium* und *actio* auseinanderzuhalten. *Legis actio* ist bekanntlich bald der *modus agendi*, der Rahmen, in dem das ganze Verfahren sich abspielt, bald die der Natur und dem Gegenstand des einzelnen Rechtes angepasste Spruchformel der am Process Beteiligten. Dem

iudicio. Die eingeschlossenen Worte sind von Rudorff ergänzt. Studemund-Krüger in der kleinen Ausgabe stimmen bei, während im Apographum p. 149 vorgeschlagen wird: *lites quae aguntur*. Ich halte Rudorffs Ergänzung für richtig; vgl. auch Pernice Labeo Bd. I S. 178 N. 18.

⁵⁾ Anderer Ansicht scheint Gradenwitz Interpolationen S. 104.

⁶⁾ Vgl. übrigens auch Krug Ueber die *Legis actiones* S. 21, 22 (2. Aufl. Leipzig 1855), dann Bruns in den *Symbolae Bethmanno-Hollwegio oblatae* S. 51 N. 3.

Gaianischen (IV. 12) *modus agendi* entspricht nun genau unser *iudicium*, während die Spruchformel im neueren Verfahren ersetzt ist durch die civile *actio* schlechtweg, d. h. durch die schriftliche Klageformel.

Damit ist eine Abweichung ermittelt der neueren Rechtssprache von der älteren. Die letztere hat für zwei Begriffe nur ein Wort, die erstere dagegen findet für den umfassenderen Begriff die Bezeichnung *iudicium* und gebraucht fortan *actio* nur mehr für die Klage. Andererseits ist das ältere Processrecht reicher an Formen als das Recht der späteren Zeit. Gaius nennt uns fünf verschiedene *modi, quibus lege agebatur*, wovon sich vier auf das gerichtliche Verfahren beziehen. An ihre Stelle tritt seit der Lex Aebutia — wie unten noch zu zeigen ist — eine einzige Processform, das elastische *litigare per concepta uerba*, das gesetzliche Formularverfahren. In diesem gelangt dann freilich das Actionenwesen zur reichsten Entfaltung. Darin aber liegt weit mehr eine Fortbildung des bürgerlichen als des Processrechtes. Das Verfahren ist also in Rom in der That aus einem vielgestaltigen mit der Zeit ein einförmiges geworden.

§ 3. Die Legitimität des *Judiciums*.

Leichter als die Feststellung dessen, was *iudicium* bedeutet, scheint die Ermittlung des dem Prädikate *legitimum* zukommenden Wertes. Dennoch haben die meisten Schriftsteller gerade an diesem Punkte Schiffbruch gelitten, und zwar aus dem Grunde, weil sie die einfachste und nächstliegende Herleitung nicht bemerken oder doch nicht annehmen wollten.

Die verzwickte Darlegung von Mommsen (im Staatsrecht)¹⁾ kennen wir bereits aus dem Früheren. Aehnliche nicht minder unbefriedigende Versuche hatten vorher schon Andere gemacht, irreführend vor Allem durch den oben mitgetheilten § 104 bei Gaius IV, neben welchem die in dem vorhergehenden Absatze (§ 103) enthaltene Worterklärung regelmässig übersehen wurde. Besonders hervorheben möchte ich nur die von Keller gegebene Uebersetzung von *legitimum*. Auf die Frage nach der Bedeutung dieses Wortes antwortet der genannte Gelehrte mit einem unklaren Vergleiche. *Legitimum* — sagt er²⁾ — heisse das „in formeller Beziehung echte, civile Judicium“. Damit soll wohl angespielt sein auf das echte Ding des deutschen Rechts.

In seinem zweiten Hauptwerke³⁾ bezeichnet gar Keller das legitime Gericht nur mehr als das „echte“ (nicht auch als civil), obwohl inzwischen Puchta auf das Richtige hingewiesen hatte. Was man sich unter „Echtheit“ der Judicia denken soll, ist nirgends gesagt. Entweder, echt heisst nichts Anderes als civil — dann begreift man nicht, weshalb die ungewöhnliche Uebersetzung gerade für das Judicium legitimum und nur für dieses Institut des Civilrechts gewählt wurde. Oder aber, das Echte ist etwas

¹⁾ In der 3. Aufl. [Bd. I S. 186] ist der Satz hinzugefügt: „Die ursprünglichen Grenzen des (praetorischen) Schiedsgerichtes [vgl. dazu S. 173] sind eng gezogen: ‚gesetzlich‘ tritt es nur ein im Amtsgebiet domi, zwischen zwei Bürgern und vor einem Einzelgeschwornen.“ — Man beachte die Gänsefüsschen bei dem Worte: gesetzlich. Mommsen will andeuten, dass es mit der Gesetzlichkeit des Judiciums eine ganz besondere Bewandniß habe.

²⁾ Litiscontestatio S. 112.

³⁾ Civilprocess § 45 S. 225, § 60 S. 300 und in N. 712.

Besonderes gegenüber dem Civilen — dann wäre auch Keller auf falscher Fährte gewesen.

Was *legitimum* bei den römischen Juristen in Wahrheit zu bedeuten hat, ist eine allbekannte Sache. Legitim heisst was aus einer Lex her stammt. In der Regel ist diese Abstammung eine ganz unmittelbare; zuweilen kann sie auch eine recht entfernte sein (Legitimität *per consequentiam*)⁴⁾, wie besonders deutlich die Auseinandersetzung bei Gai. I. 165 zeigt. Damit hängt auch zusammen die Ausdehnung der Legitimität auf Dasjenige, was seine Entstehung einer anderen Quelle verdankt, sofern nur diese der Lex ebenbürtig ist. Nicht erfordert wird übrigens, dass alles Legitime vom Gesetz neu eingeführt sei. Auch was schon vorhanden war, als ausserrechtliche Uebung oder als praetorische Einrichtung, wird legitim, beruht fortan auf dem Gesetze, wenn es von diesem mit volksrechtlicher Geltung ausgestattet ist.

Beispiele für den Gebrauch des Wortes wird man kaum verlangen. Doch will ich erinnern an die *conuentio legitima* bei Paulus (l. 6 D. de pact. 2, 14), an die *actio legitima* z. B. bei Servius in l. 5 D. de his qui eff. (9, 3) oder Maecian in l. 32 pr. D. ad leg. Falc. (35, 2), an die *curatores legitimi* bei Ulpian XII. 1⁵⁾, und an die *successores legitimi*⁶⁾ in l. 6 § 1 D. ad S. C. Treb. (36, 1 — Ulp.).

Wie Paulus das Prädikat *legitima* der *conuentio* beilegt, *quae lege aliqua confirmatur*, wie die *actio legitima* eine auf das Gesetz gegründete Klage ist, und der *curator*

⁴⁾ Ulp. XI. 3 und in l. 3 pr. D. de leg. tut. (26, 4).

⁵⁾ Dazu Wlassak Kritische Studien S. 32—34.

⁶⁾ Vgl. dazu etwa Gai. IV. 34 und § 10 l. de fid. her. (2, 23).

Wlassak, Röm. Prozessgesetze.

legitimus ein Pfleger, dessen Bestellung und Vollmacht ein Gesetz bestimmt, wie endlich *successor legitimus* derjenige genannt wird, dessen Gesamtnachfolge auf einem Gesetze beruht, so kann meines Erachtens ein Gericht und ein Process, ein Judicium also nur darum *legitimum* heissen, weil es mehr oder minder geregelt ist durch eine Lex. Blicke noch ein Zweifel darüber, so müsste er doch schwinden der deutlichen Erklärung des Gaius gegenüber, der im § 103 die *iudicia legitima* als diejenigen bezeichnet, *quae legitimo iure consistunt*.

Darnach macht die blosse Thatsache, dass für gewisse Processe irgendwelche Normen durch eine Lex aufgestellt sind, diese Judicia zu legitimen im Sinne des Gaius. Was das Gesetz bestimmt, das ist wie überall so auch hier beim Judicium für die Frage der Legitimität ohne alle Bedeutung. Ich kann daher A. Pernice⁷⁾ nicht beistimmen, wenn er behauptet, gewisse Processe seien darum legitim gewesen, weil „das Gesetz den Praetor verpflichtet habe in Rom unter lauter römischen Bürgern einen Einzelrichter zu bestellen“. Ich glaube, der Verzicht auf diesen bedenklichen Nothbehelf wird nicht schwer fallen, sobald erwiesen ist, dass wir mit der nächstliegenden Worterklärung, deren Richtigkeit in anderen, ähnlichen Verbindungen Niemand bezweifelt, auch in unserem Falle ausreichen.

Hängt die Legitimität dem Gesagten nach nicht ab von dem Inhalt, sondern blos von dem Dasein einer Lex, dann konnten die Römer keinen Anstand nehmen, die Bezeichnung *iudicium legitimum* auch auf Criminalprocesse

⁷⁾ Parerga II S. 122 in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII.

anzuwenden, für welche nicht das *ius legitimum* des Gaius IV. 103, sondern irgend welches andere Gesetz massgebend war. Allerdings scheint der Ausdruck in solcher Verwendung nur selten vorzukommen; dass er zulässig war, zeigt schon Cicero *pro Cluentio* c. 53 § 147, wo es von der Einrichtung der Quaestio heisst:

*opinor haec omnia lege fieri, totumque hoc iudicium (ut ante dixi) quasi mente quadam regi legis et administrari*⁸⁾.

Sodann verweise ich auf Cicero *part. orat.* c. 12 § 43 und auf das Monumentum Ancyranum c. 2 l. 10, 11. Beide Stellen sprechen von einem *iudicium legitimum*; die letztere lautet⁹⁾:

qui parentem meum (interfecer)un(t eos) in exilium expuli iudiciis legitimis ultus eorum (fa)cinus.

Gemeint ist die ausserordentliche Quaestio, welche durch die Lex Pedia von 711 gegen die Mörder Caesars angeordnet war.

Im Bisherigen ist das *Judicium legitimum* lediglich bestimmt worden als der durch ein Gesetz geregelte Process. Ein eigentümlicher Sprachgebrauch der römischen wie der heutigen Juristen nötigt noch zu der Frage, ob das *Judicium* „mittelbar“ oder „unmittelbar“ auf einer Lex beruhe, ob es legitim heisse im allgemeineren oder im engeren Sinne des Wortes.

⁸⁾ Vgl. auch Gaius in l. 25 § 1 D. de S. C. Sil. (29, 5).

⁹⁾ Mit den Ergänzungen von Mommsen *Res gestae diui Augusti* p. LXXX (1883). Ueber das Pedische Gesetz vgl. Mommsen l. c. S. 5 und die daselbst aufgeführten Belegstellen, denen noch Dio Cassius LVI c. 48 und 49 beizufügen ist. — Die Stelle des Cicero *part. orat.* c. 12 § 43 bespricht Brunnenmeister Das Tödtungsverbrechen im alt-römischen Recht S. 136.

Als legitim in besonderer Bedeutung gilt den Römern¹⁰⁾ und gilt uns heute eine Hereditas oder eine Tutela, zu der wir berufen sind nicht durch den Willen des Erblassers oder der Obrigkeit, sondern „unmittelbar kraft Gesetzes“, d. h. durch verwandtschaftliche Beziehungen, welchen das Gesetz Delationswirkung beilegt. Ebenso sprechen wir von einer „legalen“ Entstehung des Eigentums, der dinglichen und obligatorischen Rechte, wo der Thatbestand, an den das Gesetz den Erwerb anknüpft, nicht eine Willenserklärung der Parteien oder des Richters, sondern eine Thatsache anderer Art ist.

Den logischen Fehler, den man begeht bei der Gegenüberstellung z. B. von Hereditas testamentaria und legitima oder der Obligationen aus Verträgen und derer ex lege, haben neuere Schriftsteller längst erkannt und gerügt, ohne doch die hergebrachte bequeme Terminologie zu erschüttern¹¹⁾. Schon die römischen Juristen wussten übrigens sehr gut, dass jede Rechtswirkung zuletzt auf einer Rechtsnorm beruht, und waren sich daher der Ungenauigkeit wohl bewusst, welche die erwähnte Ausdrucksweise mit sich bringt. Zum Beweise brauche ich bloß auf die bekannte l. 130 D. de V. S. (50, 16) von Ulpian zu verweisen, wo es heisst:

Lege obuenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege duo-

¹⁰⁾ Vgl. z. B. Quintus Mucius in l. 29 § 1 D. de statul. (40, 7), Gai. I. 155, III. 14, 85, Ulp. XIX. 2, 13, 14, 17, ferner in l. 5 pr. § 2 D. de leg. tut. (26, 4), Paul. IV. 8, 20, 22, 24 (Kr.).

¹¹⁾ Vgl. etwa Unger System Bd. II § 72 S. 4, andererseits Bülow im Archiv für civilist. Praxis Bd. 64 S. 74. Auf die historische Bedeutung der Rechtsentstehung ex lege macht Ihering aufmerksam im Zweck I S. 480 Note; dazu Geist II¹ § 26 S. 61 (3. A.).

decim tabularum testamentariae hereditates confirmantur.

Judicia legitima nannten¹²⁾ die Römer — wie ich vorgehend hier bemerken muss — nur Prozesse, die durch Schriftformel, nicht auch solche, die durch Legisactio instruiert waren. Nun wird bekanntlich die Formel auf Grund der Parteienanträge vom Praetor verfasst, und der Geschworene wird vom Praetor bestellt. Kein Zweifel also, dass ein Iudicium, welches wesentlich durch obrigkeitliche Willenserklärung zu Stande kommt, nicht „gesetzlich“ heissen kann in dem besonderen Sinn wie die Hereditas und die Tutela.

Damit ist auch die Antwort schon gefunden auf die obige Frage. „Legitimität“ konnte offenbar gewissen Processen nur zugeschrieben werden in allgemeinerer Bedeutung. Mithin sind *iudicia legitima* diejenigen, welche der Magistrat nach den Vorschriften eines Volksgesetzes instruiert.

§ 4. Die Lex die ausschliessliche Grundlage des legitimen Gerichtes.

So einfach und einleuchtend die oben versuchte Erklärung des „gesetzlichen“ Gerichtes scheint, so wenig ist dieselbe bisher als genügend anerkannt. Kein Geringerer

¹²⁾ Der Legisactionenprocess war das gesetzliche Verfahren der alten Zeit. Doch kannte diese noch nicht die technische Bezeichnung: *iudicium legitimum*. Nicht nur die Klage, auch der Process hiess *actio* (s. oben S. 30, 31). Erst für das neuere gesetzliche Verfahren ist der Name *iudicium legitimum* aufgekommen. Die beiden Processformen bestanden lange Zeit neben einander. Es ist daher sehr begreiflich, dass man für die ältere, um sie von der jüngeren zu unterscheiden, die hergebrachte alte Bezeichnung beibehielt.

als Th. Mommsen hat die „Legitimität“ der *Judicia* beanstandet und mit auffallendem Eifer vor den Missverständnissen gewarnt, welche durch die römische Bezeichnung nahe gelegt seien. Zum Teil spielt bei diesen Bedenken — wie ich glaube — eine Verwechslung mit des Legitimen im allgemeineren und im besonderen Sinne. Namentlich möchte man darauf schliessen aus der im Staatsrecht I, 182 geltend gemachten „Auffassung“ der *Judicia imperio continentia* als der Gerichte, die „nicht unmittelbar aus dem Gesetz hervorgehen“¹⁾. Nach diesen Worten wäre doch wohl für den gesetzlichen Process — und zwar angeblich im Sinne der Römer — unmittelbare Abstammung aus der *Lex* anzunehmen.

Wie dem auch sei, jedenfalls hat Mommsen seine Warnung vor Fehlschlüssen aus dem *iudicium legitimum* und aus der Gegenüberstellung des gesetzlichen und des *iudicium imperio continens* bei Gaius für wichtig genug gehalten, um sie zu wiederholten Malen vorzubringen in vier verschiedenen Schriften: zuerst in der Abhandlung über die „Rechtsfrage“, dann in dem Aufsatz über das Rubrische Gesetz, ferner in der Römischen Geschichte, schliesslich im Staatsrecht²⁾. Am deutlichsten äussert er seine Meinung in der „Rechtsfrage“, wo es heisst: Es wird nicht überflüssig sein daran zu erinnern, dass das *iudicium legitimum* gerade so gut wie das *iudicium quod imperio continetur* auf dem Imperium beruht und die richtige Paraphrase für jenes ist „das kraft der dem Magi-

¹⁾ Vgl. auch oben § 1 N. 5 (S. 22).

²⁾ Ich verweise auf die genaueren Citate in § 1 N. 1. Die Frage nach dem Ursprung der *iudicia legitima* ist von Mommsen zuerst 1845 gestellt in Richters Krit. Jahrbüchern Bd. XVIII S. 876 Note.

strat durch die Verfassung zustehenden Amtsgewalt niedergesetzte Gericht“, für dieses „das kraft der von den Beschränkungen der Verfassung befreiten Amtsgewalt niedergesetzte Gericht“³⁾).

Wie Mommsen so hat auch L. Lange⁴⁾ an dem *iudicium legitimum* Anstoss genommen und ausdrücklich die Folgerung abgelehnt, als sei die Gerichtsbarkeit des Praetor urbanus nicht ebenfalls auf das Imperium gegründet wie die des Praetor peregrinus. Wenn die vor dem ersteren abgeführten Prozesse „legitim“ hiessen, so sei damit nur hingedeutet auf „das durch die betreffenden (?) Leges beschränkte Imperium“ des Stadtpraetors. Demnach erklärt Lange die Unterscheidung der beiden Processgattungen bei Gaius geradezu für „unlogisch im Ausdruck“.

Nach dem früher (§ 3) Gesagten bedarf eigentlich die Benennung gewisser Judicia nach der zu Grunde liegenden Lex keiner Rechtfertigung mehr. Dennoch dürfen wir uns damit nicht zufrieden geben, weil auf diese Weise der Vorwurf unpassender Bezeichnung von der einen Gruppe der Prozesse nur abgewälzt würde auf die andere. Tragen nämlich die *iudicia legitima* ihren Namen mit Recht, so bleibt immer noch zu erwägen, ob es angeht, ihnen Gerichte gegenüberzustellen, *quae imperio continentur*. Dem Anschein nach hebt diese letztere Bezeichnung Nichts hervor, was der zweiten Gattung der Judicia eigentümlich wäre. Die Amtsgewalt des Praetors ist ja wie hier so dort

³⁾ Gegen Mommsens Lehre hat schon Puntschart Grundgesetzl. Civilrecht S. 93 Widerspruch erhoben. Ebenso bemerkt Pernice in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 122: das *Judicium legitimum* fusst nicht auf der Einsetzung durch den Praetor, sondern auf dem Gesetze.

⁴⁾ Altertümer Bd. I S. 788, 789.

im Spiele: hier freilich ein magistratisches Walten praeter legem, dort im Judicium legitimum eine Thätigkeit, die das Gesetz lediglich ausführt. So scheint also der Tadel wohlbegründet, den die genannten Gelehrten gegen die römische Terminologie richten.

Ohne Zweifel wäre denn auch der erhobene Vorwurf vollberechtigt, wenn wir annehmen müssten, dass die Römer über das Verhältniss der Beamten zum Gesetze ebenso dachten wie wir heute. Mommsen und L. Lange halten dies offenbar für selbstverständlich, da sie die Möglichkeit eines Widerstreits der Anschauungen gar nicht in Rechnung ziehen. Dennoch ist es sicher nur diese erschlichene Annahme, welche eine Anfechtung der römischen Namen möglich macht. Statt eine wirkliche Erklärung zu versuchen, giebt Mommsen — ohne Gründe anzuführen — eine Umschreibung der fraglichen Ausdrücke, die in Wahrheit eine Correctur derselben enthält. Ebenso beginnt Lange sofort mit der Kritik und gelangt von seinem Standpunkte aus natürlich zu einer Verwerfung der „unlogischen“ Bezeichnungen.

Wesentlich anders wird unser Urtheil lauten, wenn wir die Voraussetzung, von der die Tadler ausgehen, als unbewiesen bei Seite schieben und dafür die oben in der Einleitung dargelegte Theorie zur Aufklärung heranziehen. Die römische Ausdrucksweise ist erklärt und gerechtfertigt zugleich, sobald man zugiebt, dass die Römer dem Magistrat die Amtshandlung, die nur Gesetzausführung ist, als eigene nicht zurechnen, oder — anders ausgedrückt — dass sie den Individualwillen des Beamten für Nichts achten gegenüber dem Volkswillen in der Lex. Dieser Anschauung gemäss spielt dann natürlich das Imperium eine Rolle nur im

aussergesetzlichen Process (*iudicium imperio continens*), während das *iudicium legitimum* nicht der Praetor regiert, sondern durch ihn das Gesetz. Was zuweilen für das Legisactionenverfahren behauptet wird, gilt nicht minder auch für den Formularprocess der Lex Aebutia: die praetorische Gerichtsleitung erscheint auch hier als ein Amtsact, den die Römer zurückführen nicht auf den eigenen Willen des Magistrats, sondern auf die Lex, die selbst anordnet, wenn auch durch den Mund des Praetors.

Wie diese eigentümliche Auffassung der Römer den Schlüssel bietet für das Verständniss eines mit Unrecht angefochtenen Sprachgebrauchs, so ist andererseits eben dieser Sprachgebrauch als Beweisgrund geltend zu machen für das Dasein jener römischen Anschauung.

In letzterer Beziehung habe ich schwerlich auf sofortige Zustimmung zu rechnen. Man könnte einwenden, dass hier eine einzelne Erscheinung in ihrer symptomatischen Bedeutung arg überschätzt sei. Dem gegenüber darf vielleicht erwähnt werden, dass ich meines Theils schon gelegentlich früherer Studien⁵⁾, noch ohne Berücksichtigung des *Judicium legitimum*, zu der in der Einleitung aufgestellten Behauptung gelangt war. Der genauere Nachweis des dort Gesagten könnte hier nicht ohne störende Unterbrechung des Zusammenhanges und kann überhaupt nur stückweise und allmählich erbracht werden. Dennoch möchte ich schon an diesem Orte einige kurze Bemerkungen vorläufig einfügen, die geeignet scheinen, einerseits meine Deutung des *Judicium legitimum* sicherzustellen, anderer-

⁵⁾ Vgl. Wlassak Edict und Klageform S. 9, 10, 35, 36, 62—66, 115—119, Kritische Studien S. 20, 21, 32, 33 und in Grünhuts Zeitschrift für öffentliches und Privatrecht Bd. XII S. 260—262.

seits dem in der Einleitung Behaupteten zur Stütze zu dienen.

Die Namen der beiden Processgattungen des Gaius sind — wie wir gesehen haben — getadelt worden als ungenau und unlogisch. Sehr auffallend ist es, dass an einem anderen Punkte ein „Fehler“ genau derselben Art der kritischen Aufmerksamkeit bisher entgehen konnte. Das *iudicium legitimum* und das correlate *iudicium quod imperio continetur* stehen nämlich keineswegs allein. Die Sprache der römisch-klassischen Juristen begeht dieselbe „logische“ Sünde noch ein zweites Mal, bei einem anderen Begriffspaar, bei der *actio legitima* und *actio praetoria*.

Bekanntlich wird die auf der Lex beruhende Actio im Formularprocess vom Magistrat ebenso ausgefertigt wie die praetorische Klage; desgleichen wird das Musterschema der civilen wie der honorarischen Klage vom Praetor entworfen und ins Album eingerückt. Dennoch verleugnet der genaue Sprachgebrauch der Römer bei der *actio legitima* die Thätigkeit des Praetors ganz und gar: die Ausfertigung der Schriftformel ist kein *dare actionem*⁶⁾, die Proponirung im Album kein Akt magistratischer Verordnungsgewalt. Die gesetzliche Klage bleibt also nach Einführung der

⁶⁾ Sondern nur ein Nichtdenegiren. Dies wird allgemein übersehen; vgl. neuestens Wach Handbuch Bd. I S. 26 N. 5 und Ubbeholde bei Hartmann Ordo I S. 440, aber auch oben S. 3, 4 — Ich bemerke bei dieser Gelegenheit, dass die Worte des Trebellianum (Ulp. l. 1 § 2 D. 36, 1): *actiones, quae in heredem heredibusque dari solent* nicht echt sein können. Wie Gai. II 253 und Paul. l. 40 (41) pr. D. eod. (36, 1) übereinstimmend bezeugen, sprach der Senat nur von Civilklagen. Aus den angeführten Worten aber ist diese Beschränkung offenbar nicht abzuleiten. Zur Zeit des S. C. wird *actio* nicht mehr ausschliesslich für die Actio civilis gebraucht. S. auch meine Krit. Studien S. 100 N. 6.

Schriftformel was sie vorher gewesen war; sie bleibt „legitim“ und heisst nie und nirgend „praetorisch“.

Vermieden ist diese letztere Bezeichnung bei der *Actio* offenbar aus demselben Grunde, der die Römer abhielt, das *Judicium* im obigen Sinne, d. h. das Verfahren im Ganzen und das Schwurgericht, auch in den von der *Lex iudiciaria* geregelten Fällen auf das *Imperium* gestützt zu denken, obwohl doch die Leitung der ersten Verhandlung und die Ernennung des Richters von Seiten des Magistrats überhaupt in keinem Prozesse fehlen konnte.

Die römische Auffassung der *actio legitima*, wie sie eben angedeutet wurde, braucht nicht erst aus dem Namen erschlossen zu werden, da zahlreiche Aeusserungen der Pandektenjuristen vorliegen, welche deutlich oder gar ausdrücklich unsere Frage beantworten. Besonders sprechende Zeugnisse für die Vorstellung, dass der Magistrat, soweit er Civilklagen zulässt, durchaus Verwalter fremden Gutes ist und Nichts aus Eigenem gewährt, bieten solche Wendungen, welche die *Lex* und nur die *Lex* als die Spenderin der *Actio* hinstellen.

Eine Reihe von Fragmenten, wo wir der *actio lege data*, *lege prodita*, *lege constituta* begegnen, dann der *actio, quae ex lege competit*, dem *agere ex lege* oder *lege agere*, ist gesammelt in meiner Edictsstudie S. 61—66. Freilich umfasst *actio* Zweierlei, nicht blos die formulierte Klage, sondern auch den materiellen Anspruch, und gerade in diesem letzteren Sinn könnte man die angeführten Stellen verstehen wollen. Berücksichtigt ist dieser Einwand schon a. a. O. S. 58—60. Wie dort gezeigt ist, fliessen den Juristen die beiden Bedeutungen von *actio* regelmässig zusammen. Anspruch und Formel werden nicht gesondert

gedacht, da die letztere nur die Verkörperung des Anspruchs ist, und dieser im Streitfall nicht verwirklicht werden kann, ohne als Formel in die Erscheinung zu treten. So darf also *actio* in den obigen Verbindungen auch als Klage im formellen Sinne verstanden werden.

Was nun an der römischen Ausdrucksweise besonders auffällt, das ist — wie gesagt — die unmittelbare Herleitung der *Actio* aus dem Gesetze. Die Thätigkeit des Magistrats, sowohl das Proponiren der *Actio legitima* im Album wie die Zulassung im einzelnen Fall, bedeutet ohne Zweifel weit Mehr als ein blosses Formgeben ⁷⁾. Der Praetor ist keineswegs blos Schreiber im Dienste des Gesetzes: sein Imperium ermächtigt ihn zur Verweigerung wie zur Beschränkung der gesetzlichen Klage. Trotzdem aber schenkt der römische Sprachgebrauch dem Zulassungsbeschluss des Gerichtsherrn gar keine Beachtung, sondern hebt allein die *Lex* hervor und bezeichnet demgemäss die Klage als *actio quae lege datur*.

Weiter müssen wir fragen, ob diese oder gleichwertige Wendungen ganz stetig gebraucht sind, insbesondere ob nicht statt oder neben der *Lex* zuweilen doch der Magistrat

⁷⁾ Einen treffenden Ausdruck gebraucht Gaius III. 190, 191: er lässt den Praetor gewisse gesetzliche Diebstahlsstrafen oder — was Dasselbe ist — die darauf gerichteten Civilklagen conserviren: *canque etiam praetor conservat . . . eaque similiter a praetore servatur*. [Vom „Accommodiren“ spricht Gaius sowohl bei civilen wie bei praetorischen Rechtsmitteln: IV. 11, 110, 111 (?), 118, 144.] Dagegen ist es unrömisch, wenn u. A. Puchta Institutionen Bd. I § 163 in f. (S. 482) sagt: „Auch die *civiles actiones* mussten von dem Magistrat concipirt und somit gegeben werden.“ Dazu vergleiche man die sehr vorsichtige Ausdrucksweise Ciceros de inuent. II c. 19 § 57, 58: *praetoriis exceptionibus multae excluduntur actiones . . . ibi* (in iure nämlich) *et exceptiones postulantur et quodammodo agendi potestas datur et omnis conceptio priuatorum iudiciorum constituitur*.

genannt ist als Verleiher der Klage. Eine Durchsicht der Juristenschriften führt zu der schon oben S. 3, 4 angedeuteten Antwort. Einstweilen mag zur Begründung meiner Ansicht eine Verweisung auf Gai. IV. 112 und Paulus in l. 9 pr. D. de edendo (2, 13) genügen.

Ueber das Fragment des Paulus finden sich einige Bemerkungen in meiner öfter citirten Abhandlung S. 9, 10. Die Gaiusstelle, welche bisher nicht genügend gewürdigt⁸⁾ ist, lautet so:

Non omnes actiones quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aequae competunt aut dari solent. est enim certissima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, ueluti furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. sed heredibus huius modi actiones competunt nec denegantur, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inueniatur actio.

In dem vorhergehenden Abschnitt (IV. 110, 111) spricht Gaius von dem Erlöschen der Actionen durch Zeitablauf, hier von dem Erlöschen durch den Tod der Parteien. Beide Endigungsgründe kommen in Betracht sowohl bei den civilen wie bei den praetorischen Klagen. Im § 110 werden die beiden Klagengattungen unterschieden nach den Entstehungsquellen; die einen heissen *actiones quae ex lege senatusue consultis proficiscuntur*, die anderen *actiones quae ex propria ipsius* (nämlich: praetoris) *iurisdictione pendent*.

Nun behaupte ich, — was wohl Niemand bestreiten

⁸⁾ Auch von Karlowa Civilprocess zur Zeit der Legisactionen S. 376—378 nicht. Die Annahme einer actio quae ipso iure competit et (a praetore) datur (S. 377) rechtfertigt Gai. l. c. gewiss nicht.

wird — dass in unserem § 112 die beiden Klagengruppen genau in derselben Weise, nur mit anderen Worten neben einander gestellt sind. Die Civilklage nennt der Jurist hier *actio quae ipso iure* d. h. iure civili⁹⁾ *competit*, die honorarische *actio quae a praetore datur*. Mit Hinweglassung des *ipso iure* und des *a praetore* kehren dann dieselben Bezeichnungen noch dreimal wieder; nur das letztemal steht — sicherlich bloß aus Gründen des Wohlklanges — statt *dantur* das hier gleichbedeutende *nec denegantur*.

Wenn darnach die praetorische Klage im Gegensatz zur civilen als *actio a praetore data* bezeichnet wird, so durfte offenbar kein Römer, ohne sich eines groben Fehlers schuldig zu machen, von magistratischer Verleihung der Civilklagen sprechen. Gaius wenigstens ist äusserst vorsichtig im Ausdruck und verwahrt sich viermal gegen die Annahme eines *dare actionem* Seitens des Praetors, wo die Klage auf dem Civilrecht beruht. Nach seiner Anschauung — und wie ich sofort beifügen will: auch aller übrigen Juristen — wird die *actio legitima* vom Praetor nicht erst erbeten und nicht gegeben. Was das Volksgesetz gewährt, steht dem Bürger ohne Weiteres zu; daher die Wendung: *actio legitima competit*. Andererseits die Bezeichnung *actio a praetore data* für die honorarische Klage durfte der „Schulmeister“ Gaius gewiss nur gebrauchen, wenn das Verständniss dieser Umschreibung auch beim Institutionisten vorauszusetzen war. Und in der That konnte der Sinn jener Worte den Rechtsbeflissenen in Rom, mochten sie noch so grün sein, nicht gut verborgen bleiben. Einmal war dem Römer die prägnante Bedeutung von

⁹⁾ Vgl. meine Krit. Studien S. 14 (zu Paul. I. 11 D. de J. et J. 1, 1).

dare, die uns allerdings lange genug entgangen ist, natürlich wohl bekannt. Sodann aber genügte ein einziger Blick in das öffentlich ausgestellte Album, um Jedermann darüber zu belehren, dass der Praetor nur die auf seiner Jurisdiction beruhenden, nicht auch die civilen Klagen zu geben verspricht.

Wenn wirklich auf der Gerichtstafel ein *iudicium dabo* nur dem Klagschema honorarischen Ursprungs voraufragt, während die Civilklage ohne Edict proponirt war, dann begreift man leicht, wie selbst der Verfasser eines Institutionenbuches die Actio praetoria in der angegebenen Weise umschreiben konnte, ohne irgend welche Erläuterung für nötig zu halten. Ja man wird sogar in der hier vorausgesetzten — von mir anderwärts¹⁰⁾ wiederholt betonten — Einrichtung des Albums die äussere Ursache des von Gaius bezeugten Sprachgebrauchs vermuten dürfen. Freilich kann diese Erklärung allein nicht befriedigen, da an Stelle der beantworteten sofort die andere Frage auftaucht, weshalb sich denn der Praetor des Edictalversprechens bei allen Civilklagen enthalten hat. Der tiefere Grund liegt meines Erachtens in der römisch-nationalen Vorstellung von der Unterordnung des Magistrats unter das Volksrecht.

Durch diese Behauptung gerate ich in offenen Widerstreit mit Gustav Hartmann, der zwar geneigt ist, meine Bekämpfung der Civiledicte im Allgemeinen zu billigen,

¹⁰⁾ In der Abh. über die Neg. gestio S. 15, 16, über das Edict S. 9, 10, 32—39, 55, 56, 66, 119. Die entgegengesetzte Ansicht hat gegenwärtig kaum mehr viele Freunde. Neuestens hat auch A. Pernice Zum römischen Sacralrecht II S. 9 N. 3 mit grosser Entschiedenheit das Richtige einfach hingestellt.

trotzdem aber die Annahme verwirft¹¹⁾, dass die Verheissung von Civilklagen „gegen das Princip der praetorischen Edicte verstossen habe“. Dem gegenüber glaube ich nunmehr auf das in der Einleitung Gesagte verweisen zu müssen. Wenn es dort gelungen ist, das Verhältniss des Magistrats zur Lex richtig zu bestimmen, dann dürfen wir nicht anstehen, selbst die Möglichkeit der Civedicte zu leugnen. Ich meine also, dass ein vernünftiger und sachkundiger Mann Edictsätze solcher Art unmöglich aufstellen konnte. Wer es doch versucht hätte, der wäre der Lüge und Anmassung bezichtigt worden und obendrein vom Spotte nicht verschont geblieben¹²⁾.

Nach diesem Excurs wende ich mich wieder dem Judicium legitimum zu, wie es Mommsen in der „Rechtsfrage“ zu bestimmen sucht. Im Gegensatz zu der dort vertretenen Ansicht ist oben die Zurückführung des gesetzlichen Gerichtes auf das Imperium entschieden bekämpft. Welche Bedeutung diesem Streitpunkt zukommt, das lässt sich erst ermessen, wenn man ernstlich herantritt an die Durchführung der einen oder anderen Auffassung. Mommsen hat sich diese Aufgabe überhaupt nicht gestellt; doch ist er wenigstens einer Frage etwas näher getreten, die gerade die wichtigste ist, der Frage nämlich: ob die Geschwornenfunction fort dauern könne nach dem Wegfall des Magistrats, von dem die Ernennung ausging. Die hergehörigen Bemerkungen stehen im „Staatsrecht“ in demselben ersten

¹¹⁾ In den Gött. gelehrten Anzeigen von 1882 S. 873—875. — Karlowa *Legisactionen* (1872) S. 378 N. 1 hält Edicte zu den *actiones legitimae* für überflüssig, ich für unmöglich.

¹²⁾ Man lese z. B. l. 3 § 1 D. nautae 4, 9 (Pomp. Ulp.) und l. 13 § 2 D. de usufr. 7, 1 (Julian, Ulp.); dazu Wlassak *Edict* S. 13, 14.

Bande, wo auf S. 184, 185 in Note 2 [S. 189 N. 1] — allem Anschein nach — die in der „Rechtsfrage“ ange-deutete Theorie des gesetzlichen Gerichtes gebilligt ist.

Mommsen¹³⁾ nimmt an, dass der „nach dem Gesetz eingesetzte Geschworne zu jeder Zeit einen gültigen Spruch thut“ und mit dem jüngeren Keller¹⁴⁾ sieht er es wenigstens für wahrscheinlich an, dass vor der Lex Julia (Gai. IV. 104) eine Processverjährung beim Iudicium legitimum überhaupt nicht bekannt war.

Meines Erachtens spricht Alles für die Richtigkeit dieser Aufstellungen, insbesondere auch die Aeussierung des Gaius IV. 105 in f. über das Iudicium imperio continens. Ebenso unverkennbar aber scheint mir der Widerspruch zu sein zwischen diesen Sätzen und der Mommsenschen Grundauffassung der Judicia legitima. Wenn wirklich alle Gerichte auf dem Imperium beruhten, dann müssten doch auch die „gesetzlichen“ erlöschen, sobald die Amtszeit des bestellenden Magistrats abgelaufen war. Die Lex, von der die letzteren den Namen haben, spielt nach Mommsen¹⁵⁾ eine so untergeordnete Rolle, dass nicht einzusehen ist, wie auf Grund derselben der gegenteilige Erfolg hätte eintreten können. Und so ist denn auch wirklich ein anderer Schriftsteller, geleitet von der hier bekämpften Anschauung, neuestens dahin gelangt, die Unabhängigkeit der Judicia

¹³⁾ Bd. I S. 614 und in Note 2 [S. 635 N. 4]; vgl. auch S. 610, 611.

¹⁴⁾ Litiscontestatio S. 133; vgl. aber auch N. 16.

¹⁵⁾ In der „Rechtsfrage“ S. 24 N. 52 ist die Lex die Verfassung, welche die Amtsgewalt gewissen Beschränkungen unterwirft, im Staatsrecht I S. 184 N. 2 [S. 189 N. 1] das Gesetz, welches den Praetor anweist, sein Imperium in bestimmter Weise zu gebrauchen.

Wlassak, Röm. Processgesetze.

legitima von der Amtsdauer des Magistrats erst dem Rechte der Lex Julia zuzuschreiben. Bis dahin — so behauptet M. Voigt¹⁶⁾ — musste der Wegfall des Imperiums die mortis nach sich ziehen, „es musste das officium iudicis erlöschen nach den Grundsätzen des mandatum“. Auch durch die Lex Aebutia sei der althergebrachte Grundsatz unverändert gelassen; während das Julische Gesetz dessen Geltung allerdings beschränkt habe auf das Judicium imperio continens.

§ 5. Die Lex eine Gerichtsordnung, kein Verfassungsgesetz.

Um die Polemik gegen Mommsen zu Ende zu führen, muss schliesslich noch erwogen werden, welche Bewandniss es hat mit den verfassungsmässigen „Beschränkungen“, die für den Magistrat im Judicium legitimum gelten und zugleich das eigentliche Wesen dieses Gerichtes bestimmen sollen¹⁾. Als „constitutionelle Beschränkungen“²⁾ können hier nur in Betracht kommen die regulirte Mandirung und die Intercession der Collegen wie der Tribune³⁾.

Was zunächst die Gehülfenbestellung betrifft, so gilt für dieselbe eine andere Ordnung im städtischen und im feldherrlichen Amtsgebiet. Im letzteren unterliegt

¹⁶⁾ Die XII Tafeln Bd. I S. 552 N. 42. Dieser Ansicht war später (s. oben N. 14) auch Keller (Civilprocess § 70 N. 885) geneigt.

¹⁾ S. oben § 4 S. 38, 39.

²⁾ Dieser Ausdruck ist gebraucht in der Römischen Geschichte Bd. I S. 259. Den Andeutungen Mommsens folgt Rudorff in der Rechtsgeschichte Bd. II § 3.

³⁾ Nicht auch das Gebot der Ernennung von Judices, da diese als Spruchrichter auch im Judicium imperio continens vorausgesetzt sind.

das Recht der Mandirung weit geringeren Beschränkungen als im ersteren⁴⁾. Die Intercession der gleich und höher stehenden Collegen ist grundsätzlich im Kriegsgebiet ebenso zulässig wie in der Stadt; dagegen gehört die Intercession der Tribune nur dem Amtsgebiete domi an und kann also jenseits des ersten Meilensteines der Regel nach nicht vorkommen⁵⁾.

Wer nun bedenkt, dass das Judicium legitimum Anordnung *in urbe Roma uel intra primum urbis Romae miliarium* voraussetzt, während jedes ausserhalb dieses Raumes eingesetzte Gericht *imperio continetur*, der könnte immerhin geneigt sein, den Gegensatz der Judicia zurückzuführen auf die Unterscheidung der Amtsgebiete, des Friedensgebietes, wo die Verfassung mit ihren Beschränkungen der Magistrate, und des Kriegsgebietes, wo das Beil, d. h. das freie Imperium herrscht. Indess trägt der Schein ohne Zweifel, da zu den nichtlegitimen Gerichten auch solche gehören, die der Praetor in der Stadt niedersetzt, so die recuperatorischen und alle diejenigen, welche Rechtssachen verhandeln, die von einer peregrinischen Partei oder gegen dieselbe anhängig gemacht sind.

Für Processe dieser Art galten gewiss innerhalb des ersten Meilensteines die verfassungsmässigen Beschränkungen der Magistratsgewalt nicht minder als für die gesetzlich geregelten Judicia. Zum Teil ist dies sogar sicher bezeugt.

⁴⁾ Ueber den Begriff der Amtsführung domi und militiae ist zu vergleichen Mommsen Staatsrecht Bd. I S. 59—72, über die Gehülfenbestellung Bd. I S. 215—218, 222—225, 624. Anders als Mommsen sucht A. Nissen Beiträge zum römischen Staatsrecht S. 163—176 den Gegensatz domi-militiae zu bestimmen.

⁵⁾ Vgl. Mommsen a. a. O. Bd. I S. 67, 257, II¹ S. 281, auch Joh. Merkel Abhandlungen II S. 8, 9.

So geht insbesondere aus Ciceros Rede für M. Tullius (c. 16 § 38, 39) hervor, dass der tribunicischen Intercession Nichts im Wege stand, wo die Streitsache vor Recuperatoren gebracht werden sollte⁶⁾. Ebenso war wohl die *par maiorue potestas* befugt, auch die Appellation von Nichtbürgern, die sich beschwert glaubten, anzunehmen, wenngleich die römische Verfassung ohne Zweifel nur die Bürger, nicht auch die Peregrinen unter ihren Schutz nahm. Was aber die *Lex (communis rei publicae sponsio)* den Fremden versagte, konnte doch der Beamte gewähren, der in der Intercession ein eigenes Recht geltend machte, nicht das des Appellanten⁷⁾.

Sollte endlich behauptet werden, dass ursprünglich bei einem im städtischen Gebiete angeordneten Gerichte wahrscheinlich alle übrigen Voraussetzungen des *Judicium legitimum* ohne Weiteres gegeben waren, so hätten wir eine Zeit anzunehmen, die überhaupt keine andere Jurisdiction kannte als über Bürger; und diese Zeit liegt doch wohl

⁶⁾ Wahrscheinlich gehört hierher auch der bei Asconius in *orat. in toga cand.* (Orelli p. 84) erwähnte Fall einer tribunicischen Intercession gegen ein Decret des Peregrinenpraetors M. Lucullus. Die Klage, mit der die Griechen den C. Antonius zu verfolgen gedachten, war wohl das recuperatorische *Judicium hom. coactis damni dati et ui bon. rapt.* Cicero in *Caec. diuin.* c. 5 § 18, 19 steht dieser Annahme nicht entgegen. Rudorff freilich in der *Zeitschr. für geschichtl. R. W.* Bd. XII S. 143 denkt an eine Sacramentsklage nach einem der älteren Repetundengesetze. Ob diese um das Jahr 678 noch in Geltung standen? Vgl. Voigt *Jus naturale* Bd. II S. 656 N. 786, auch Mommsen *Staatsrecht* Bd. II¹ S. 211 N. 3.

⁷⁾ Diese Erwägung hat früher auch Mommsen *Staatsrecht* Bd. I S. 265 N. 3 für durchschlagend erachtet. Anders jetzt in der 3. Aufl. [Bd. I S. 274 N. 2] unter Berufung auf *Cic. de leg.* III c. 3 § 6; vgl. auch Sell *Recuperatio* S. 314, 315. Meines Erachtens ist die Erwähnung des *civis* in Ciceros Verfassungsentwurf etwas Selbstverständliches.

weiter zurück als diejenige, der die Aufstellung der erwähnten constitutionellen Beschränkungen angehört⁸⁾.

Demnach müssen wir — wie ich glaube — darauf verzichten, die römische Einteilung der *Judicia* zu erklären durch den Hinweis auf den Gegensatz des Friedens- und des Kriegsregimentes. Wie es unpassend wäre das Privatrecht praetorischen Ursprungs dem *Jus civile* als Ausnahmerecht gegenüberzustellen, so darf auch das *Judicium imperio continens* keineswegs gedacht werden als ein Gericht und ein Verfahren unter der Herrschaft des Martialgesetzes⁹⁾. Unseren heutigen Vorstellungen eines Kriegsgerichtes, das doch Civilsachen verhandelt, würde am ehesten die castrensische Jurisdiction der römischen Feldherrn entsprechen. Ueber diese wissen wir freilich sehr wenig¹⁰⁾; allein sicher

⁸⁾ Vgl. einerseits Mommsen Staatsrecht Bd. I S. 63, 64 und Röm. Geschichte Bd. I S. 259, 260 (6. Aufl.), andererseits Röm. Geschichte Bd. I Cap. 6 (S. 86).

⁹⁾ Damit ist vorläufig schon die richtige Auffassung des *Judicium imperio continens* angedeutet. Meiner Ueberzeugung nach ist der Gegensatz der *Judicia* kein anderer als der des civilen und praetorischen *Process*rechtes. Das Formularverfahren beruht keineswegs überall auf dem Volksrecht. So ist namentlich der *Process* vor dem Praetor, qui ius dicit inter peregrinos immer ein amtsrechtlicher. Dass der Rechtsdualismus auf dem Gebiete des *Processes* (nicht etwa blos der *Actionen*) dieselbe Rolle spielt wie im Privatrecht, hat man bisher übersehen (auch meine Krit. Studien S. 35). Jede Darstellung des röm. *Processes* wird ausgehen müssen von der Verschiedenheit der Rechtsquellen. Unsere Wissenschaft hat die Sonderungsarbeit noch gar nicht begonnen.

¹⁰⁾ Mommsen Staatsrecht Bd. I S. 120, 121 weist dem Lagergericht nur Strafsachen zu. Allein Gellius VI. (VII.) 1, 7—11 macht doch das im Texte Angenommene mindestens wahrscheinlich. Vgl. noch Val. Max. III. 7, 1, Liv. Epit. 86 und dazu Ihering Geist II § 47^d N. 929, Lange Altertümer Bd. I S. 725, 726, M. Voigt in den Abhandlungen der phil.-hist. Classe der sächs. Gesellschaft der Wissenschaften Bd. VIII S. 326, 327. — Ihering hält den Privatprocess vor

ist es doch, dass die Gaianische Unterscheidung der *Judicia* keineswegs auf dem Gegensatz von bürgerlicher und militärischer Gerichtsbarkeit beruht.

Der Zweck der vorstehenden Bemerkungen war es, eine Theorie des *Judicium legitimum* abzuweisen, derzufolge unter der Namen gebenden *Lex* gewisse Bestimmungen staatsrechtlicher Natur zu verstehen wären. Nach unserer oben vertretenen Auffassung ist jene *Lex* vielmehr eine Gerichtsordnung, d. h. ein Gesetz, welches die Gerichtsverfassung und den Civilprocess regelt. Von diesem Boden aus muss nun die Untersuchung einen Schritt weiter geführt und die Frage gestellt werden, ob uns Genaueres bekannt ist über den Namen, die Zeit und den Inhalt des angenommenen *Judiciargesetzes*.

Wichtig ist es, vor Allem Eines festzustellen: die Unterschiedenheit von *legis actio* (= *modus agendi*) und *iudicium legitimum*. So eng der Zusammenhang war zwischen den beiden Verfahrensarten, so streng werden diese doch in den Quellen auseinandergehalten. Niemals begreift der Ausdruck *iudicium legitimum* auch den *Legisactionenprocess* und wiederholt ist der letztere zu dem ersteren in Gegensatz gestellt.

So spricht Gaius IV. 107 von der *Consumtion* im *iudicium legitimum*, die je nach der Fassung der Formel, bald *ipso iure* eintrete bald *ope exceptionis*, und fügt dann (IV. 108) sofort hinzu:

alia causa fuit olim legis actionum.

dem Feldherrn für ein *Judicium imperio continens*. Ob im Lager wirklich eine Formel concipirt und ein Geschwornengericht bestellt wurde? Nur wer dies annimmt könnte Ihering beistimmen. Dass die Gaianische Einteilung nicht alle *Processse* umfasst, steht ausser Zweifel.

Ebenso unzweideutig ist eine andere Stelle im ersten Buch der Institutionen (§ 184): der Verfasser behandelt da die Frage, ob der *tutor praetorius*, der ehemals bestellt wurde, *si inter tutorem et mulierem pupillumve lege agendum erat*, noch dem geltenden Rechte angehört. Die Antwort sei streitig: *post sublatas legis actiones quidam putant hanc speciem dandi tutoris in usu esse desiisse, aliis autem placet adhuc in usu esse, si legitimo iudicio agatur.*

Endlich nennt Ulpian in den erhaltenen Fragmenten seines Regelbuches die beiden Processarten zweimal (XI. 24 u. 27) neben einander:

... pupillo, qui cum tutore suo lege aut legitimo iudicio agere uult . . . tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege aut legitimo iudicio agent.

Diesen Aeussierungen zufolge war die Schriftformel dem „gesetzlichen Process“ nicht nur in der Zeit der Antonine und Severe, sondern von allem Anfang an schlechthin wesentlich¹¹⁾. Frühestens seit der gesetzlichen Einführung

¹¹⁾ Eine Reihe von Schriftstellern hat dies verkannt. Mommsen Staatsrecht Bd. I S. 182 hebt als Merkmale des *iudicium legitimum* (der „ältesten Processform“) nur [das städtische Amtsgebiet], den *unus iudex* und die *Civitas* der Beteiligten hervor. Auch Rudorff Rechtsgeschichte Bd. II § 3 nennt die Formel nicht. P. Krüger Consumtion S. 28, 29 kommt seltsamer Weise erst auf Umwegen zu dem Schlusse, dass sich des Gaius Darstellung nur auf den Formularprocess beziehe. Den Decemviral- und Centumviralgerichten legt er „den Charakter von *iudicia legitima*“ bei. Vgl. noch Wieding Der Justinianische Libellprocess S. 407, Puntschart Civilrecht S. 93, 121, 157, Rede S. 55, und Ad. Schmidt in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte N. F. R. A. Bd. XV S. 160. Das Richtige findet sich bei Ubbelohde in Hartmanns *Ordo Iudiciorum* I S. 562, 563 und den daselbst in Note 5 Genannten, auch bei Kuntze *Cursus* S. 144.

der Formula ist den Römern das „*iudicium legitimum*“ bekannt¹²⁾. Die *legis actio* hat in alter Zeit zwar dessen Stelle vertreten, schwerlich aber denselben Namen je geführt, da sonst der von Gaius und Ulpian bezeugte Sprachgebrauch nicht hätte entstehen können.

Von Wert ist uns diese Feststellung aus dem Grunde, weil damit ein sicherer Anhaltspunkt gewonnen ist für die Datirung der gesuchten Gerichtsordnung. Diese darf nämlich dem Gesagten nach keinenfalls der Zeit vor der Lex Aebutia zugewiesen werden. Dagegen könnte allerdings gerade dieses Gesetz dasjenige sein, dem die *Judicia legitima* ihre Entstehung verdanken.

Weiter wäre dann zu erwägen, ob nicht die gesetzliche Grundlage des legitimen Processes im Laufe der Zeit ganz oder teilweise eine andere geworden ist. Nahegelegt wird diese Frage insbesondere durch die Nachricht von der Erlassung der Julischen Gerichtsordnungen. Durch diese neuen Gesetze kann das ältere völlig ersetzt oder nur in einzelnen Punkten abgeändert, vielleicht nur ergänzt sein. Ersterenfalls wären es nach einander verschiedene *Leges* gewesen, von denen unsere Gerichte den Namen haben; letzterenfalls würde das Prädikat „*legitimum*“ nicht auf ein Gesetz hindeuten, sondern auf zwei oder mehrere, die neben einander in Geltung standen.

Kein Kenner unserer Quellen wird auf alle diese Fragen eine gleich zuverlässige Antwort erwarten. Hypothesen über den Gang der Processgesetzgebung in Rom sind einstweilen nicht ganz zu vermeiden und werden zur Ausfüllung der Lücken auch in der folgenden Darstellung herhalten

¹²⁾ Vgl. auch oben § 2 S. 30, 31.

müssen. Dennoch scheint es mir möglich, das Verhältniss des Julischen zum Aebutischen Rechte ziemlich genau darzulegen und auch sonst über die genannten Gesetze neue Aufschlüsse zu gewinnen, besonders dadurch, dass einerseits Gai. IV. 103, 104 den Nachrichten beigelegt wird, die wir über die römischen *Leges iudicariae* haben, andererseits die bekannten Stellen des Gaius und Gellius über die Processreform benutzt werden zur Aufhellung der Geschichte des *iudicium legitimum*.

Zweites Capitel.

Das Processrecht der Lex Aebutia.

§ 6. Gaius und Gellius.

Die Beschreibung, welche Gaius von dem „gesetzlichen Prozesse“ giebt, ist oben auf S. 27 mitgeteilt. Dazu kommt nun Gai. IV. 30, 31 und Gellius XVI. 10, 8. Die Institutionenstelle lautet:

Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. namque ex nimia subtilitate ueterum qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset, litem perderet. itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta uerba, id est per formulas litigemus. Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti et si centumuirale iudicium futurum est. sane quidem cum ad centumuiros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum uel peregrinum [praetorem]. damni uero infecti nemo uult lege agere, sed potius stipulatione quae in edicto proposita est, obligat aduersarium suum, idque et commodius ius et plenius est. per pignoris. . . .

In den Noctes Atticae lesen wir l. c. Folgendes:

Sed enim cum ‚proletarii‘ et ‚adsidui‘ et ‚sanates‘ et ‚uades‘ et ‚subuades‘ et ‚uiginti quinque asses‘ et ‚taliones‘ furtorumque quaestio ‚cum lance et licio‘ euauerint omnisque illa duodecim tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumuiralium causarum lege Aebutia lata consopita sit, studium scientiamque ego praestare debeo iuris et legum uocumque earum quibus utimur.

Die beiden Berichte, welche ungefähr aus derselben Zeit herrühren, stimmen nicht ganz überein. Der genauere und zuverlässigere ist ohne Zweifel der von Gaius. Damit soll der gute Ruf, den Gellius als gewissenhafter Schriftsteller genießt, keineswegs angetastet werden. Allein er selbst warnt uns ja davor, dem juristischen Freunde, den er redend einführt, blind zu vertrauen, indem er diesen seine Unwissenheit auf rechtsgeschichtlichem Gebiete offen bekennen läßt¹⁾.

Zu beachten ist auch, dass Gaius l. c. gerade von der Processreform sprechen will, während der Gewährsmann des Gellius die Absicht hat, die geringe Wichtigkeit gewisser halb verschollener Rechtsinstitute möglichst zu betonen, und dabei nur gelegentlich der Lex Aebutia als der Urheberin eines neuen Rechtes gedenkt.

So gewiss man nun dem Gaius folgen wird in der Annahme mehrerer Processgesetze, obwohl Gellius nur eines nennt, so sehr werden wir uns auch in anderer Be-

¹⁾ Vgl. noch Gell. XVI. 10 § 4 und 7: *cum illic se iuris, non rei grammaticae peritum esse respondisset, ‚eo maxime‘ inquam ‚te dicere hoc oportet, quando, ut praedicas, peritus iuris es‘ . . . ‚Ego uero‘ inquit ille ‚dicere atque interpretari hoc deberem, si ius Faunorum et Aboriginum didicissem‘.*

ziehung hüten müssen, den Bericht der Institutionen hintanzusetzen gegenüber den Aeussierungen des Anonymus. Wenn insbesondere der Letztere Nichts zu erzählen weiss von der Einführung der Schriftformel, so darf auf dieses Stillschweigen schwerlich mit Bekker²⁾ besonderes Gewicht gelegt werden. Der von Gellius über die Bedeutung eines veralteten Rechtsbegriffes befragte Jurist hatte eben keine Veranlassung etwas Anderes hervorzuheben als die „destructive Kraft“ des Reformgesetzes. Um diese Wirkung zu bezeichnen, bedient er sich des Ausdrucks *consopiri*, während Gaius von einem *tollere* spricht. Auch die Wahl jenes eigentümlichen Ausdrucks erklärt sich meines Erachtens sehr einfach, wenn man die besondere Lage des Gefragten bedenkt und dessen Abneigung gegen die *antiquitas*, die er verachtet, weil er Nichts von ihr versteht. Offenbar macht es ihm Vergnügen, von den *uades*, *subuades* und ähnlichen altertümlichen Dingen sagen zu können, sie seien zur wohlverdienten Ruhe eingegangen.

Anderer Meinung ist freilich Puntschart³⁾. Dieser Gelehrte gründet auf das „Einschlafen“ der Legisactionen eine weitausgespinnene Theorie über die Wirkungen der Aebutia. Das Gesetz soll die alten civilrechtlichen Actionen nur der „thatsächlichen Wirksamkeit“ beraubt und Raum gewährt haben für einen Process (nämlich den Formularprocess) des *Jus honorarium*⁴⁾. Erst durch die *Leges Juliae* seien die praetorischen Einrichtungen „zum

²⁾ Actionen Bd. I S. 91.

³⁾ Civilrecht S. 119—126, 131, 157—160, 186, 187, 194, Rede S. 52—61, 72.

⁴⁾ Wie Puntschart hält auch Brinz in der Münchener krit. Vierteljahrsschrift Bd. XXIII S. 228 das Processrecht der *Lex Aebutia* für praetorisch: . . . „Richtsteig, der, weil blos honorarisch“ . . .

gesetzlichen Ordinarprocess des Kaiserrechts“ erklärt. Bestätigt findet Puntchart diese Annahme auch durch den sonstigen Inhalt der Gelliusstelle, auf den wir weiter unten mehrmals zurückkommen müssen.

Einstweilen wird es genügen zur Würdigung des in den Noctes Atticae enthaltenen Berichtes nur Folgendes noch beizufügen. Wie schon bemerkt ist, führt unser Anonymus aus der Mitte des zweiten Jahrhunderts die Processreform auf die ältere Aebutia zurück, statt auf die Julische Gerichtsordnung, die doch selbst einem minder unterrichteten Praktiker nicht unbekannt sein konnte. Diese Erwägung spricht entscheidend gegen den Versuch, die Bedeutung des ersteren Gesetzes herabzumindern auf Kosten des zweitgenannten⁵⁾. Die Lex Aebutia muss bahnbrechend und von grosser Tragweite gewesen sein, und sie muss zum Teil noch im Zeitalter der Antonine — wenigstens der Sache nach — Geltung gehabt haben, da der Jurist bei Gellius nur darin seine Aufgabe erblickt: *scientiam . . praestare . . iuris et legum uocumque earum, quibus utimur.*

⁵⁾ Vgl. Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II § 55 N. 3. — Bekker in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. V S. 342 (dazu Bd. XVIII R. A. S. 143) stellt es uns anheim, die Lex Aebutia anzusehen entweder als „eine Altersgenossin der ll. Juliae und integrierenden Bestandteil der Julischen Processgesetzgebung oder als ein älteres Gesetz von geringerer Bedeutung“. In den Actionen Bd. I S. 92 (vgl. auch schon Consumtion S. 33) setzt er hinzu: die Bedeutung der Aebutia könne durch die Tradition gewachsen sein. Letzteres möchte ich nicht bestreiten, weil mir nicht bekannt ist, wie sich Bekker die Entwicklung in Vorjulischer Zeit denkt. Dass das Gesetz allmählich bis zur Erlassung der Leges Juliae an Bedeutung gewonnen hat, nehme ich ebenfalls an, wie sich unten zeigen wird. Trotzdem stimmt meine Anschauung gewiss mit der Bekkers nicht überein, da dieser das Wahlrecht der Parteien bezüglich der Processform ausdrücklich verwirft (Zeitschr. Bd. V S. 354).

Mit den Nachrichten, die uns Gaius giebt, verträgt sich das soeben Behauptete aufs Beste, während es allerdings aus der Institutionenstelle allein nicht entnommen werden könnte. Aus dieser erfahren wir Genaueres über den Inhalt der Reformgesetze. Durch drei verschiedene *leges* — sagt Gaius — seien die *Legisactiones sublatae*. Was dieses *tollere* in seinem Munde bedeutet, das zeigen verschiedene Stellen der Institutionen (I. 111, 157, 171), besonders deutlich IV. 116^b, wo es heisst:

obligatio pacto conuento non tollitur, sed placet debere me petentem per exceptionem repelli.

Ohne Zweifel wird der Ausdruck *tollere* recht eigentlich gebraucht, um die directe und völlige Aufhebung zu bezeichnen im Gegensatz zu der blossen Hemmung, die allein der praetorische Rechtssatz dem civilen gegenüber erzeugen kann. So ist es also reine Willkür, wenn Puntschart⁶⁾ unseren Gaiustext dadurch zu erläutern sucht, dass er hinter den Worten *sublatae istae legisactiones* ein „scil. iure honorario“ einschiebt. Ja mehr noch: diese Ergänzung ist ganz und gar unmöglich, weil *Jus civile* nie durch honorarische sondern nur wieder durch⁷⁾ civile Normen aufgehoben werden konnte.

§ 7. Die Schriftformel ohne *Legisactio* bei Cicero.

Steht es fest, dass die *Legisactiones* durch die Reformgesetze direct beseitigt sind, so tritt uns sofort die Frage

⁶⁾ Civilrecht S. 121, Rede S. 60.

⁷⁾ Zachariae in den Heidelberger Jahrbüchern Jahrg. 35 S. 703 meint, *per legem . . . sublatae* sei mit Vorbedacht gesagt und nicht gleichbedeutend mit *lege sublatae*. Die Grundlosigkeit dieser Bemerkung beweist Gai. IV. 19, wo *per legem constituta* und *lege constituta* abwechselnd gebraucht ist.

entgegen, ob und wie sich die drei von Gaius genannten Gesetze in diesen Erfolg teilen. Vor Allem ist das Verhältniss der Aebutia zu den *Leges Juliae* zu erörtern, wobei die letzteren vorerst als ein Gesetz gelten sollen, sodann das Verhältniss der *duae Juliae* zu einander.

Das Alter der Aebutia hier genauer zu untersuchen, liegt nicht in meinem Plane. Behaupten will ich einstweilen nur Zweierlei: dass das Gesetz älter ist als das Julische und dass es älter ist als Cicero. Beides entspricht der gemeinen Ansicht, ist aber neuerdings von Bekker nicht so sehr in Abrede als in Frage gestellt worden.

Ciceros Werke sind grösstenteils unzweifelhaft älter als die *Leges Juliae*; sie würden also, wenn die herrschende Meinung im Recht ist, gerade der Zwischenzeit nach dem Aebutischen und vor dem Julischen Gesetze angehören. Von diesem Gesichtspunkte aus hat Bekker¹⁾ die Ciceronischen Schriften sorgsam durchforscht und die Stellen zusammengetragen, welche Auskunft erteilen über die gegen das Ende der Republik angewandte Processform. Dabei ergab sich zunächst, dass Spruch- und Schriftformeln bei Cicero nahezu gleichmässig berücksichtigt sind. Mithin bestanden zu jener Zeit entweder zwei Processsysteme gesondert neben einander oder aber ein einziges, welches die Elemente beider vereinigte. Bekker entscheidet sich für dies Letztere: er verteidigt die Annahme eines „*Legis-actionenprocesses* mit Formeln“²⁾ und ist geneigt, das so

¹⁾ In der Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. V S. 341—356, dazu Actionen Bd. I S. 89—92.

²⁾ Angedeutet ist dieser Gedanke schon vor Bekker von Demelius in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. II S. 237; vgl. auch Eisele Exceptio S. 167 N. 38.

benannte Uebergangssystem dem Voraebutischen Rechte zuzuweisen. Doch ist es nach meinem Ermessen nicht gelungen, den Beweis dieser Behauptungen zu erbringen.

Gewiss konnte schon vor der Lex Aebutia im Legisactionenprocess eine Schriftformel oder etwas derselben Aehnliches thatsächlich vorkommen „zum Zweck der Reproduction der vorausgehenden Processhandlungen“. Die wirkliche Verwendung der Formel in solcher Function ist zwar durch ein ausdrückliches Zeugniß nicht zu belegen; immerhin aber hat die nach Bekker besonders von Sohm³⁾ in anmutender Weise näher ausgeführte Hypothese die Wahrscheinlichkeit für sich, da es schwer fällt, an einen schroffen, unvermittelten Wechsel des Verfahrens vor dem Stadtpraetor zu glauben.

Nun geht aber Bekker noch einen Schritt weiter. Er hält es für möglich, dass die Formel schon im Legisactionenprocess das „herrschende Element“ gewesen sei⁴⁾, oder — anders ausgedrückt — dass der Judex sich bei Incongruenz der solennen Parteireden und der Formel an die letztere zu halten hatte⁵⁾. Müssten wir dem beistimmen, so wäre das Gerichtsverfahren zu Ciceros Zeit nicht — wie Bekker will — ein Legisactionenprocess gewesen mit Schriftformeln, sondern umgekehrt ein Formularprocess, der die rechtlich bedeutungslosen Legisactionen noch nicht abgestossen hatte. Die Schriftformel in thatsächlichem

³⁾ Institutionen § 36 S. 145—149 (2. A.). Sohm erklärt sich in Note 5 gegen die Herleitung des Formularverfahrens aus der Peregrinenrechtspflege. Dies musste ihn um so mehr zur Aufstellung der obigen Hypothese veranlassen. Mich bestimmt zum Beitritt lediglich der im Texte angegebene Grund.

⁴⁾ Actionen Bd. I S. 91.

⁵⁾ Zeitschr. Bd. V S. 355.

Gebrauche mit der oben bezeichneten Aufgabe und die Formel nach der Processreform sind eben grundverschiedene Dinge. Als blosses Beweisdokument über das in iure Vorgefallene konnte sie nur vorwiegend, nicht ausschliesslich massgebend sein für den Richter; gegen ihren Inhalt muss Berufung auf die *Legisactio* offen gestanden haben. Dagegen kommt nach den Reformgesetzen das mündlich vor dem Praetor Verhandelte für den Geschwornen selbständig nicht mehr in Betracht; nur zur Erläuterung der Formelworte mochte es zuweilen noch Berücksichtigung finden. Demgemäss halte ich also — Bekker widersprechend — die beiden Processformen allerdings für unvereinbar⁶⁾.

Zu bedenken wäre noch, ob die Formel nicht ohne Gesetz vor der Lex Aebutia zum „herrschenden Elemente“ im Process zwischen Bürgern werden konnte. Die Möglichkeit ist gewiss nicht in Abrede zu stellen; die Aenderung hätte sich vollziehen können im Wege der Gewohnheit. Dennoch dürfte diese Annahme nur von Demjenigen gebilligt werden, der bereit ist, die übereinstimmenden Zeugnisse des Gellius und Gaius als unglaublich zu verwerfen. Der Letztere wenigstens behauptet so deut-

⁶⁾ Bei Seite gelassen ist oben die — vielleicht nicht unüberwindliche — Schwierigkeit, die *Legis actio* = *modus agendi* und die Formel im friedlichen Verein zu denken. Bekker hat sich darüber nicht ausgesprochen. Wenn *sacramento* processirt wird und der Geschworne durch *formula petitoria* instruiert ist, wie soll da das Urteil gelautet haben? „*Sacramentum iustum — iniustum esse*“: das wäre keine Antwort auf die in der Formel enthaltene Frage. Also wohl neben diesem Ausspruch *condemnatio* auf die *res ipsa* (Gai. IV. 48)? Vgl. Bekker *Actionen* Bd. I S. 76, dazu S. 79, wo vermutet ist, dass die Geldcondemnation erst durch die *Leges Juliae* zur allgemeinen Regel wurde.

Wlassak, Röm. Processgesetze.

lich als möglich die Aufhebung der Legisactionen durch Gesetze. Meines Wissens liegt keinerlei Grund vor, die Richtigkeit dieser Angabe zu bezweifeln.

Fragen wir nun weiter, was aus dem Gesagten folgt für die Altersbestimmung der Aebutia, so sehen wir uns abermals vor eine Alternative gestellt; doch ist es nicht mehr dieselbe wie früher. Jetzt steht die Wahl nur noch offen zwischen der Annahme, dass das Gesetz älter sei als die Schriften des Cicero, und der anderen, dass Cicero im Gerichte des Stadtpraetors die Formel lediglich als unverbindliches Beweisdokument gekannt habe neben der gesetzlich allein massgebenden Legisactio. Darnach dürfte die Entscheidung jetzt weit weniger Schwierigkeiten bieten, da die zweite Annahme kaum mehr vereinbar ist mit den Aeusserungen Ciceros über die Rolle, welche der Formel im damaligen Processe zukam.

Aus Gründen, deren Darlegung hier nicht am Platze wäre, kann ich freilich als beweisend nur solche Stellen anführen, welche sich auf Civilklagen in *iudiciis legitimis* beziehen. Das Beweismaterial schrumpft in Folge dessen stark zusammen. Auszuscheiden haben wir insbesondere Alles, was der Rede pro Tullio angehört, — weil die darin behandelte Klage eine praetorische ist — und aus den Verrinen. Dasjenige, was den Provincialprocess betrifft, weil dieser bekanntlich nicht legitim ist. Was übrig bleibt scheint mir immer noch ausreichend, ist aber nicht durchaus von gleichem Werte.

Am gewichtigsten sind wohl einige Aussprüche in der Rede für Q. Roscius c. 4, 5, 8, 9:

Pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per iudicem . . . Hic tu si amplius HS nummo petisti, quam

tibi debitum est causam perdidisti: propterea quod aliud est iudicium, aliud est arbitrium . . . (§ 10). Ei rei ipsa uerba formulae testimonio sunt. Quid est in iudicio? Directum, asperum, simplex: Si paret HS 1000 dari [oportere]. Hic, nisi planum facit HS 1000 ad libellam sibi deberi, causam perdit . . . (§ 11). . . . Hic ego si finem faciam dicendi, satis fidei et diligentiae meae, satis causae et controuersiae, satis formulae et sponsioni, satis etiam iudici fecisse uidear, cursecundum Roscium iudicari debeat. . . . (§ 14) perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint, perinde dicemus . . . (§ 15) . . . Sunt iura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere iniuriae aut (in) ratione actionis errare possit. expressae sunt enim ex uniuscuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria publicae a praetore formulae, ad quas priuata lis accommodatur. (§ 24). Quae cum ita sint, cur non arbitrum pro socio adegeris Q. Roscium, quaero? formulam non noras? notissima erat. . . . nam, quo tu tempore illa formula uti noluisti, nihil hunc in societatem fraudis fecisse [ostendisti] (§ 25).

Wer den hier mitgeteilten Text unbefangen prüft, wird sich der Erkenntniß kaum verschliessen können, dass Cicero in dieser Weise nur unter der Herrschaft des reinen Formularprocesses reden und schreiben konnte.

Zunächst die Frage, *quid sit in iudicio* wird beantwortet aus dem Wortlaut der Formel, und auf diesen wird dann noch die Gefahr des Processverlustes bei der ge-

ringsten Mehrforderung zurückgeführt. Wäre der Rechtsstreit wirklich durch *Legisactio* instruiert gewesen, hätte dann wohl Cicero sagen können: *ei rei ipsa*⁷⁾ *uerba formulae testimonio sunt?* Für die *ca res* hätte er sich auf die solennen Parteireden berufen müssen, nicht auf die Schriftformel, welche letztere nur wieder ein Zeugniß für die Fassung der ersteren gewesen wäre.

Bedenkt man vollends, wie sehr Cicero geneigt ist, zwei oder mehrere Worte zu setzen, wo eines genügen würde, dann muss es in hohem Grade auffallen, dass in unserer Stelle wie überhaupt in dem ganzen heute noch erhaltenen Stücke der Rede von der Bekkerschen *Legisactio* nicht die geringste Spur zu entdecken ist. Wäre sie vorhanden gewesen, so hätte der letztcitirte Satz (§ 11) sicherlich neben und vor den *uerba formulae* die *uerba actionis* zum Zeugniß aufgerufen.

Weitere Belege für die ausschlaggebende Bedeutung der Formel im Processe bieten § 14 und 15. In der *formula* sieht Cicero einen Teil der dem Gerichtsredner obliegenden Aufgabe vorgezeichnet, ihr schreibt er auch die Fähigkeit wie den Beruf zu, den Processstoff zu begrenzen und zu gestalten⁸⁾.

Endlich handeln die § 24 und 25 von den im Interesse der Rechtsuchenden im Album proponirten Formeltypen⁹⁾, welchen die *lis priuata* im einzelnen Fall an-

⁷⁾ Ob nicht schon durch das Wort *ipsa* die Alleinherrschaft der Schriftformel bewiesen ist, das muss dahingestellt bleiben, weil verschiedene Uebersetzungen möglich sind.

⁸⁾ Im § 15 ist dies nicht ausdrücklich gesagt, wohl aber vorausgesetzt.

⁹⁾ Bekkers Bedenken in der Zeitschr. f. R.G. Bd. V S. 352 kann ich nicht teilen.

gepasst wird. Dass der Redner dabei wenn nicht ausschliesslich, doch sicher auch civile Klagformeln im Auge hat, zeigt die Erwähnung der *Actio pro socio*¹⁰⁾. Die ganze Nachricht aber enthält einen sehr beachtenswerten Beweisgrund gegen Bekkers Ansicht. Vor der Einführung des reinen Formularprocesses ist die öffentliche Ausstellung der Formeln gar nicht zu erklären. So lange die Parteien noch genötigt waren, Anspruch und Abwehr am Schlusse der Verhandlung in feierlicher Rede vorzutragen, hatten sie keinerlei Interesse daran, etwas Anderes kennen zu lernen als die *Legisactiones*. Diese waren allerdings öffentlich ausgestellt¹¹⁾, und gerade dieser Umstand mag nach Beseitigung der *Legisactio* als einziger Processform den Anstoss gegeben haben zur Veröffentlichung auch der civilen Schriftformeln, da die letzteren ja die ersteren ersetzen sollten¹²⁾. Dagegen lässt sich kaum ein annehmbarer Grund auffinden, der den Praetor veranlasst hätte, im *Album* schematische Entwürfe für seine Mitteilungen

¹⁰⁾ Cicero (*de offic.* III c. 17 § 70) kennt die Formel dieser Klage schon mit dem Zusatz *ex fide bona*, mithin als civile. Hölder freilich in den *Gött. gel. Anzeigen* von 1880 S. 909—911 hält diese Folgerung nicht für zwingend. Hat Brinz *Pandekten* Bd. II § 321 N. 96 richtig verstanden, so nimmt Hölder geradezu *actiones honorariae* mit *bonae fidei*-Clausel an. Der Beweis dieser Behauptung ist abzuwarten. Jedenfalls ist er a. a. O. S. 909 nicht erbracht durch den Satz: „Wenn die praetorische Anweisung in der Formel unzweifelhaft praetorischen Ursprungs ist, so wird man nicht umhin können das Gebot der richterlichen Berücksichtigung der *bona fides* auf den Praetor zurückzuführen.“ Ich verstehe nicht, was das heissen soll: „praetorischen Ursprungs“; verweise übrigens auf meine *Krit. Studien* S. 19, 20.

¹¹⁾ Darüber Wlassak *Edict* S. 115—117.

¹²⁾ Vgl. Wlassak a. a. O. S. 71, 72, 121, 123. Dass die Schriftformeln der *Civilactiones* im *Album* älter sind als die der praetorischen Klagen, glaube ich jetzt nicht mehr.

an den Richter über die *in iure* vollzogene *Legisactio* zu proponiren. An eine Belehrung der Bürgerschaft über den praetorischen Kanzleistyl wird doch Niemand im Ernste denken wollen.

Um Raum zu sparen verzichte ich darauf, noch andere Stellen aus Ciceros Werken im Wortlaute mitzuteilen, welche mehr oder weniger der herrschenden Meinung gegen Bekkers Anfechtung zur Stütze dienen. Zu erwähnen sind die folgenden:

pro Quinctio c. 20, 21 § 63, 66 in f., in Verr. act. sec. II. c. 12 § 31, de offic. III c. 15, 17 § 61, 70, top. c. 17 § 66, de orat. I c. 37 § 168, de nat. deor. III c. 30 § 74.

Einer eingehenden Besprechung bedarf insbesondere die letzterwähnte Stelle: ihr ist der folgende Paragraph gewidmet. Zu den übrigen Stellen sollen nur ein paar kurze Bemerkungen beigelegt werden.

Am unsichersten sind Schlüsse aus den angeführten Reden. Die für Quinctius ist genannt, weil ich glaube, dass das *iudicium*, welches Naevius „edirte“ (*in ea ipsa uerba . . . edebat*) und Alfenus anzunehmen bereit war (*id quod edat accipere*), die Formel der Societätsklage gewesen sei¹³⁾.

Mit der — leider unvollständigen — *formula petitoria* in der Rede *de iurisdictione Siciliensi* haben wir uns später noch genauer zu beschäftigen. Hier ist vorläufig zu bemerken, dass Cicero seine Formel für ein *Judicium legitimum* entwirft: Richter und Parteien sind römische Bürger. Nur das wäre erst festzustellen, ob der Ankläger des Verres sein Klagformular nach einem Muster bildet,

¹³⁾ Vgl. auch Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II S. 789 N. 12.

das im Album des städtischen Praetors enthalten war. Von der Beantwortung dieser Frage — die weiter unten bejaht ist — hängt die Beweiskraft der Stelle ab.

Wichtiger für unsere Aufgabe ist die Erzählung, welche Cicero im ersten Buche *de oratore* zum Besten giebt als Beleg für die Rechtsunkennntniss der römischen Anwälte. Wie er berichtet habe sich der Beistand einer auf Zahlung belangten Partei vom Praetor urbanus einmal die *uetus atque usitata exceptio* (praescriptio)¹⁴⁾ erbeten: *cuius pecuniae dies fuit*, welche bekanntlich dem Interesse des Klägers dient und diesen gegen die Processconsumtion schützen oder — wie unser Autor sagt — verhüten soll: *ne exceptione excluderetur, quod ea res in iudicium antea uenisset*¹⁵⁾.

Mehr noch als aus der Praescriptio (Gai. IV. 132) darf man wohl aus der Exceptio rei in iudicium deductae, welche in den Schlussworten erwähnt ist, auf reines Formularverfahren schliessen. Die *exceptio* konnte dem Cicero nur in den Sinn kommen, wenn er einen mit Schriftformel processirenden Kläger im Auge hatte (Gai. IV. 108). Wäre lege agirt und daneben nur Beweises halber eine schriftliche Instruction für den Geschwornen verfasst worden, so bliebe immer noch die *exclusio* mittels der *exceptio*, wie sie in der Stelle behauptet ist, unverständlich.

Freilich kann man einwenden, dass in dem erzählten Falle wahrscheinlich sämtliche Voraussetzungen der so-

¹⁴⁾ Vgl. Keller Litiscontestatio S. 524 N. 26 und über das Anwendungsgebiet der Praescriptio Gai. IV. 131, 136, 137 und dazu Lenel Edictum § 55.

¹⁵⁾ Dass dies nicht der Wortlaut der Exceptio ist, bemerkt mit Recht Lenel a. a. O. S. 404 N. 1.

genannten directen Consuntion gegeben waren, und aus diesem Grunde Ciceros Ausdrucksweise, auch wenn Formularverfahren angenommen wird, von dem Vorwurf der Ungenauigkeit nicht freizusprechen ist (Gai. IV. 107: *exceptio superuacua est*). Allein wir wollen ja hier nur feststellen, ob in Rom zur fraglichen Zeit vor dem Praetor urbanus *per formulas* litigirt wurde. Und diesen Schluss wird man aus der Stelle allerdings ableiten dürfen, da Cicero von einer Zurückweisung durch *exceptio* nicht hätte sprechen können, wenn ein solches Verfahren vor dem Stadtpraetor überhaupt unmöglich gewesen wäre. Geht es auch an, dem nicht rechtsgelehrten Verfasser ein kleines Versehen zur Last zu legen, so sind wir deswegen doch nicht befugt, ihm auch einen groben Irrtum zuzumuten, um so weniger, als in dem unmittelbar vorgehenden Absatz (I c. 36 § 167) vom Legisactionenverfahren die Rede ist.

§ 8. Fortsetzung — *actio*: die Spruchformel,
iudicium: die Schriftformel.

Sehr erheblich für die Lösung der von Bekker angeregten Frage und auch sonst lehrreich für die römische Processgeschichte ist das oben (S. 70) zuletzt citirte Capitel aus dem dritten Buche *de natura deorum*.

Um zu zeigen, wie den Menschen von den Göttern mit der *ratio* auch die *malitia* gegeben sei, führt Cicero unter anderen auch einige privatrechtliche Klagen an, deren Aufstellung zur Unterdrückung der letzteren notwendig war:

Inde illa actio: ope consilioque tuo furtum aio factum esse; inde tot iudicia de fide mala, tutelae,

mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut uendito, aut conducto aut locato contra fidem fiunt; inde iudicium publicum rei priuatae lege Plaetoria; inde euerriculum malitiarum omnium, iudicium de dolo malo, quod C. Aquilius, familiaris noster, protulit . . .

In diesem Fragment werden allem Anschein nach die beiden Processformen, von denen die ältere nur mehr für eines der erwähnten Rechtsmittel, die jüngere für alle übrigen zur Anwendung kam, aus einander gehalten durch die Gegenüberstellung von *actio* und *iudicium*. „*Actio*“ wird nur die an erster Stelle erwähnte Spruchformelklage des Bestohlenen genannt, während für die darauf folgenden *bonae fidei*-Klagen der Ausdruck „*iudicium*“ gebraucht ist, ebenso wie für die an den Schluss der Reihe gestellte *praetorische Dolusklage*.

Sollte nun Cicero für die processualisch unterschiedenen Rechtsmittel mit Vorbedacht verschiedene Bezeichnungen gewählt haben, dann könnte man vielleicht neben der solennen Rede der mit *actio furti* Klagenden noch eine, dem Geschwornen gemachte schriftliche Mitteilung annehmen, nimmermehr aber rechtlich bedeutsame¹⁾ Spruchformeln für die im Formularverfahren

¹⁾ Bekker (Zeitschr. f. R.G. Bd. V S. 350—352 und Actionen Bd. II S. 56) vermutet solenne Parteivorträge auch im Interdictenprocess und überhaupt bei praetorischen Klagen. Letzteres muss ich entschieden bestreiten. Von allen Erklärungen der *formulae* bei Cicero de off. III c. 14 § 60 (vgl. mein Edict S. 122 N. 19) scheint mir die Bekker'sche am wenigsten billigenswert. Sind nicht die Formeln der Klage und der Exceptio gemeint, so liegt es am nächsten, an zwei Klagschemata für verschiedene Fälle zu denken. Kein Gegengrund ist es, dass im Hadrianischen Album wahrscheinlich nur eine Musterformel enthalten war. Einen anderen Beleg als die citirte Stelle aus den Officien hat Bekker nicht. Erheblicher sind die Gründe, welche

geltend gemachten *bonae fidei*-Klagen; da der Gegensatz damit wieder geleugnet wäre.

für die Ausnahme geregelter „Nachsuchungsformen“ im Interdictenverfahren angeführt werden. Bezüglich des hohen Alters der Interdicte stimme ich mit Bekker überein. Darnach möchte man — etwa für die Zeit des Plautus bis zum Ende der Republik — die Vorschrift solenner Parteireden vermuten. Bewiesen soll diese Aufstellung sein durch Cic. pro Caec. c. 31 § 91 und Festus v. *possessio* (Brunsmanns Fontes p. 354 — ed. V). Allein die letztere Stelle ist in arger Zerrüttung überliefert, und Bekker gelangt auch zur Behauptung, dass Gallus Aelius die Interdicte den *legitimae actiones* zuzähle, nur mit Hülfe einer, neuestens wieder (Dernburg Besitz S. 29, Voigt in den Abh. d. sächs. Gesellschaft Phil.-hist. Cl. Bd. X S. 240 N. 27, S. 242 N. 93) sehr beliebt gewordenen Cuiacius-Huschke'schen Conjectur. Wie Karlowa *Legisactiones* S. 381 N. 4 richtig bemerkt, und jetzt (Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 149) vielleicht auch Bekker zugiebt, sind bei Festus vielmehr die praetorischen Rechtsmittel den legitimen entgegengesetzt. Ich verstehe den zweiten Satz so: der juristische Besitzer als solcher (*nemo ex his qui possessionem habet*) kann nicht mit „gesetzlicher Klage“ — wahrscheinlich ist *Legisactio* gemeint — die Sache als die seine ansprechen (*in legitimis actionibus rem suam uocare aude*); er kann nur vom Praetor den Ausspruch des Interdictum U. P. begehren (*ut praetor his uerbis utatur*). Endlich die von Cicero angeführte Formel ist allerdings so, wie sie l. c. lautet, weder dem Interdict noch der Sponsion entnommen; allein es bleibt doch zweifelhaft, ob der Redner ein ganz genaues Citat beabsichtigt und nicht selbst den echten Wortlaut umgestaltet (vgl. Karlowa S. 381). Indess können wir diesen letzteren Einwand ganz bei Seite lassen. Mögen immerhin die Parteien — was gar nicht unwahrscheinlich ist — im älteren Interdictenverfahren ihre Schlussanträge in formulirter Rede gestellt haben, so sind doch jedenfalls diese Spruchformeln wesentlich verschieden von den *Legisactionen*. Weder darf man wegen fehlerhafter Rede an ein *rem perdere* (Gai. IV. 11, Ulp. Vat. § 18) denken; noch war die von den Parteien gesprochene Formel massgebend für die Gestaltung der Rechtssache. Diese Rolle kommt nur dem Interdict zu, und das Interdict kann nur vom Praetor gesprochen werden. Es ist sicher eine ungenaue Ausdrucksweise, wenn Cicero a. a. O. das *unde ille me ui deiecit*, d. h. den Interdictsinhalt vom Standpunkt der Partei aus formulirt, selbst wieder als *interdictum* bezeichnet. — Etwas Aehnliches wie im Interdictenverfahren mochte nach Beseitigung der *Legisactionen* im Formularprocess vorkommen.

Es fragt sich nur, ob der soeben behauptete Sprachgebrauch bei Cicero und in gleichalterigen Quellen nachzuweisen ist. Bezüglich der *actio* ist an bekannte Thatsachen zu erinnern. Die Römer hatten in älterer Zeit ohne Zweifel nur eine Art von Actionen: die *legis actiones*, d. h. die den Gesetzesworten nachgebildeten, von den Parteien mündlich auszusprechenden Klagformeln. Darum steht bei Cicero und anderen (auch späteren) Schriftstellern zuweilen *actio* schlechtweg zur Bezeichnung des solennen Parteispruchs: bei Cic. pro Caec. c. 19 § 54, ad Attic. VI. 1, 8, de orat. I. 41 § 186, c. 43 § 193, Varro de l. l. VII. 93, Pompon. l. 2 § 6. 7 D. de O. J. (1, 2), Gell. XX. 10, 1; und so sagt denn auch Gaius (IV. 11), dem schon ein weiterer Begriff der Actio vorschwebt, ausdrücklich, dass die Klagen der Veteres *legis actiones* gewesen seien²⁾.

Wenn darnach bis zur Lex Aebutia nur die gesetzliche Spruchformel Anspruch hatte auf den Namen *actio*, so konnte doch schon vorher die Verweisung einer Sache an Geschworne auch auf anderem Wege erzielt werden: durch eine vom Gerichtsmagistrat verfasste Schriftformel. Auf diese Weise bestellte der Praetor, — zuerst der Peregrinenpraetor — ohne dass *actio* vorausgegangen wäre, ein *iudicium*, und in Edicten verkündigte er sodann, unter welchen Voraussetzungen ein *iudicium*

wenn die Klage eine legitime war. Die Spruchformeln sind sicherlich nicht plötzlich in Vergessenheit geraten. Die Parteien werden sich ihrer noch weiter bedient haben; so lange wenigstens, als nicht für alle actiones legitimae, die im Gebrauche standen, Musterformeln im Album proponirt waren.

²⁾ Vgl. übrigens auch Lotmar Krit. Studien in Sachen der Contravindication S. 22—28.

zu erwarten sei. Welche Bedeutung diesem Ausdruck ursprünglich allein zukam, darüber ist ein Zweifel kaum möglich. Nichts Anderes war vom Praetor versprochen, als die Einsetzung eines Schwurgerichtes. Dieses Gericht aber wurde ernannt und instruiert durch die Ausfertigung einer Urkunde. So konnte das Wort *iudicium* allmählich zu einer zweiten Bedeutung gelangen: es wurde bald gebraucht zur Bezeichnung des Schriftstückes selbst, in dem das Gericht angeordnet war.

Durch die Ausdehnung des Formularverfahrens auf Civilklagen vor dem Stadtpraetor dürften dann neben den honorarischen die civilen *iudicia* (Gai. IV. 109) entstanden sein, während andererseits nach Erlassung der Aebutia, seitdem die *actio* durch die *formula* immer mehr ersetzt wurde, auch der Ausdruck *actio* für die Schriftformelklage in Verwendung kam, zuerst für die civile, später auch für die praetorische Klage³⁾.

Ein genauer Beweis dieser Aufstellungen ist begreiflich kaum zu erbringen, da die Quellen nicht weit genug, bis zu den Anfängen der Formelbildung zurückreichen. Wir müssten daher sofort ausgehen von dem in der Uebergangszeit, d. i. in den letzten Decennien des Freistaats herrschenden Sprachgebrauch, und hätten diesen zu vergleichen mit der im zweiten und dritten Jahrhundert des Principats üblichen Ausdrucksweise. Eine in dieser Richtung geführte Untersuchung, auf die ich hier verzichten

³⁾ Eine andere Ansicht vertritt M. Voigt in dem Excurs über die *actio* in Beil. XII (§ 25—28) zu Bd. IV des *Jus naturale*. Doch vergleiche man auch das in Beil. XX § 2 über den Gegensatz von *lis* und *iudicium* Gesagte und dazu Eisele *Cognitur und Procuratur* S. 26 N. 17.

muss, würde — wie ich glaube — eine Bestätigung der oben angenommenen Entwicklung ergeben. Uebrigens ist ein Wahrscheinlichkeitsbeweis ziemlich leicht herzustellen, wenn nur die folgenden Punkte, die ich wenigstens andeuten will, gehörig beachtet werden.

Vor Allem ist es von Bedeutung, dass die weit überwiegende Zahl der praetorischen Edicte, die wir noch haben, mit einem *iudicium dabo* schliesst. Daneben ist *actio* regelmässig nur gebraucht, wo der Praetor einen Satz aufstellt, der die Civilklagen, oder nebst den honorarischen auch die Rechtsmittel des *Jus civile* betrifft. So namentlich in denjenigen Edicten, wo unter bestimmten Voraussetzungen jeder Klagschutz versagt ist (*actionem non dabo*)⁴⁾. Nur ganz vereinzelt kommen auch gewährend Edictsclauseln mit *actio* vor. Man darf wohl vermuten, dass diese letzteren entweder jüngeren Ursprungs oder in das Julianische Album nicht in der überlieferten Fassung aufgenommen sind.

Anfänglich und bis ins letzte Jahrhundert der Republik

⁴⁾ So in l. 7 D. de iureiur. (12, 2), l. 25 D. de reb. auct. (42, 5) und in der Rubr. D. 44, 5, auch in l. 1 § 10 D. de insp. u. (25, 4). *Actio*, u. z. auch civile, nur mit praetorischer Modification verspricht l. 2 pr. D. quod cum eo (14, 5); vgl. ferner l. 33 § 3 D. de proc. (3, 3), l. 1 § 1 D. ex quib. c. (4, 6). Edicte mit *actionem dabo* sind erhalten in l. 1 § 10 D. de insp. u. (25, 4), l. 1 pr. D. quae in fr. 42, 8 (dazu aber die Formel mit der civilen Intentio bei Lenel Edict S. 353), l. 10 pr. D. eod. (Dernburg Pandekten Bd. II § 44 S. 367), l. 1 pr. D. de superf. 43, 18 (dazu Wlassak Edict S. 99, 100), l. 3 pr. D. de sep. (47, 12). Nach dem im Texte Ausgeführten ist das in meiner Edictsstudie S. 61 N. 11 Gesagte zu verbessern. — Bezüglich der von Gradenwitz Interpolationen S. 103, 104 geäusserten Ansicht s. oben § 2 N. 1. [Jetzt ersehe ich aus d. Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XXI S. 252–254, dass Gradenwitz von dem Sprachgebrauch *actio* = *actio civilis* Nichts weiss.]

haben die Gerichtsmagistrate in Rom *actio*, d. h. zu jener Zeit *legis actio*, sicher nicht versprochen, weil sie das nicht konnten, weil die *actio* damals noch dem Civilrecht allein angehörte. Dagegen waren sie allerdings in der Lage, gerichtliche Verfolgung zu ermöglichen, indem sie *iudicia* gaben, worunter sehr bald die von ihnen entworfenen Formeln verstanden wurden. Daher ist *iudicium* noch gegen den Ausgang des Freistaats die technische Bezeichnung für die Schriftformel, und zwar ebensowohl der civilen wie der praetorischen Klagen. Das Wort *formula* mochte minder passend erscheinen, weil es zu Viel umfasste, *actio* aber durfte man in genauer Rede die neuere Klagform so lange wenigstens nicht nennen, als noch die ältere neben der jüngeren in vielen Fällen anwendbar und eben darum das Bedürfniss vorhanden war, im Ausdrucke zu unterscheiden.

Wer freilich Ciceros wegen unsere Wörterbücher — auch die grössten — zu Rate ziehen und sub v. *iudicium* die Bedeutung „Schriftformel“ suchen wollte, würde gar Nichts finden. Die Sache ist darum nicht minder gewiss. Cicero gebraucht meiner Ueberzeugung nach *iudicium* in den civilistischen Reden vorwiegend in dem angegebenen Sinne. Dafür könnten zahlreiche Zeugnisse angeführt werden; für unseren Zweck aber ist es wie erforderlich so auch genügend, solche Stellen namhaft zu machen, die nach dem Zusammenhang eine andere als die hier in Frage stehende Deutung nicht zulassen.

Darnach kommen hauptsächlich in Betracht:

pro Tullio c. 3 § 7, c. 4 § 8, c. 5 § 10, 12, c. 10 § 26,
c. 11 § 27, c. 13 § 31, c. 16 § 38, 39, c. 17 § 41, c. 18 § 42,
pro Quinctio c. 20 § 63, 64, c. 21 § 66, pro Caecina

c. 3 § 8, c. 18 § 51, c. 36 § 104, in Verr act. sec. II c. 12 § 31 (*si iudicium sit eius modi: L. Octavius . . .* und *iudicia eius modi: qui ciues . . .*), II c. 27 § 66, III c. 22 § 55 (*dabat iste iudicium: si pareret* und *iste nihilo minus iudicium HS 1000 . . .*), III c. 65 § 152, de inuent. II c. 19 § 58, orat. part. c. 31 § 107, top. c. 17 § 66, de off. III c. 15 § 61 (dazu ad fam. VII. 12, 2).

Weiter verweise ich auf ein Gesetz, das derselben Epoche angehört, auf die Lex Rubria: I v. 4, 21, 22, 32, 42, 47⁵⁾; endlich auf ein Edict (l. 1 pr. D. de his qui eff. 9, 3), welches deutlich zeigt, in welchem Sinne die Praetoren selbst ihr *iudicium dabo* verstanden, da es mit den Worten schliesst: *in iudicio*^{5a)} *adiciam: aut noxae dedere.*

Ist so für die Zeit der sinkenden Republik die Gleichsetzung von *iudicium* und *formula* erwiesen, so lässt sich andererseits auch darthun, dass Cicero den Ausdruck

⁵⁾ Bruns Fontes p. 96, 97 — ed. V.

^{5a)} Nach Gradenwitz in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XXI S. 257 „ist das Wort *iudicio* nicht echt“. Der Praetor habe gesagt: *in formula*. Meines Erachtens ist G. allzu eifrig in der Entdeckung von Interpolationen. Im vorliegenden Fall lässt sich zufällig die Echtheit nachweisen mit aller Sicherheit, die in solchen Dingen überhaupt gefordert werden kann. *In iudicio* ist echt, denn 1) hätten die Compileratoren für *formula* nicht *iudicium*, sondern *actio* gesetzt (s. Wlassak Edict S. 60, 61 und unten S. 80, 81), 2) findet sich dieselbe Wendung, die der Praetor gebraucht, wiederholt bei Cicero, z. B. o. pro Tull. c. 10 § 26: *At istuc totum DOLO MALO additur in hoc iudicio*, c. 16 § 38: *a praetore postulare, ut adderet in iudicium INIURIA . . .* (Wlassak Edict S. 61 N. 11 in f.). Beiläufig: Auch in Misc. II (Zeitschr. XXI S. 255, 256) berücksichtigt G. nicht das ganze in Betracht kommende Material. Die Beobachtung, von der er ausgeht, ist richtig (nicht neu; s. mein Edict S. 64 N. 13, dazu jetzt oben § 4); allein schon Gaius (III. 37) sagt einmal: *bonorum possessio competit* (diese Worte sind nach Studemund unanfechtbar), und häufiger noch Ulpian. Die Aenderung des Sprachgebrauchs ist nicht ohne Bedeutung; vgl. einstweilen meine Krit. Studien S. 16, 17.

actio ⁶⁾ für die Schriftformelklage noch möglichst zu vermeiden sucht. Wie sehr sich in dieser Beziehung der Sprachgebrauch in den nächsten Jahrhunderten geändert hat, das wird Jedem sofort klar, der die Rede für Tullius mit dem Digestentitel *ui bon. rapt.* (47, 8) vergleicht.

Das Edict, auf welches die Klage wegen gewaltsamer Beschädigung sich stützt, verheißt *iudicium* (l. 2 pr. D. h. t.); und mit diesem Namen belegt denn auch Cicero die von ihm besprochene Klagformel in dem kurzen Fragment der Rede mehr als zwanzigmal; *actio* ⁷⁾ nennt er sie niemals. Dagegen bezeichnet Ulpian dieselbe Klage, so oft sie erwähnt wird, immer wieder als *actio* (l. 2 § 1, 12, 13, 14, 15, 16 D. h. t.). Ein Spiel des Zufalls wird man

⁶⁾ Dagegen bezeichnen schon die älteren Quellen die Thätigkeit des Klägers im Schriftformelprocess als *agere*; vgl. z. B. Cic. pro Caec. c. 12 § 34, Lex Rubria II v. 27, 29, 30, 38, Fragm. Atest. v. 4, 5 (Bruns p. 98—100). — Dass Seruius wörtlich so respondirt habe, wie Ulpian (l. 5 § 12 D. de his qui eff. 9, 3) berichtet, möchte ich bezweifeln. Ulpian hat nicht aus dem Original geschöpft; wahrscheinlich war das Responsum schon in der von ihm benützten Vorlage gekürzt und modernisirt. Vgl. auch Pernice Ulpian S. 26, Sanio Zur Geschichte der römischen Rechtswissenschaft S. 83, 84.

⁷⁾ In der or. p. Tullio finde ich *actio* dreimal: c. 2 § 5, c. 18 § 38, c. 24 § 54; jedoch nur in der letzterwähnten Stelle im Sinne von „Klage“ oder „Klagformel“. Gemeint ist die Civiklage der Lex Aquilia; vgl. Huschke Analecta p. 180, Keller Semestrium ad Cic. l. III p. 628. Dieselbe Klage nennt Cicero auch p. Q. Rosc. c. 12 § 35, c. 18 § 55 *actio*. Dadurch dürfte die Vermutung Eiseles Cognitur S. 26 bestätigt sein. Ziemlich häufig ist das Wort gebraucht zur Bezeichnung der processualischen Angriffsmittel überhaupt, so in Caec. diuin. c. 5 § 18, pro Caec. c. 3 § 8, 9, c. 11 § 32, 33, c. 12 § 34, c. 13 § 37, 39, c. 14 § 40. Nur selten steht *actio*, wo sicher an eine Schriftformelklage gedacht ist, so pro Flacco c. 21 § 49, in Verr. II c. 25 § 61, c. 27 § 66; s. auch pro Caec. c. 12 § 35 (*actio iniuriarum*), de inuent. II c. 19 § 57.

in dieser Erscheinung nicht erblicken dürfen⁸⁾), zumal der Eindruck, den wir aus Cicero gewinnen, auch durch die Lex Rubria bekräftigt ist, in deren Texte *iudicium* ungefähr eben so oft steht wie in der Rede für Tullius, während *actio* gar nicht vorkommt.

Schwierig ist es, ein sicheres Urteil zu fällen über das auf der vierten Tafel der Lex coloniae Juliae Genetivae von 710 in mehreren Capiteln (125, 126, 128, 129, 130—132) wiederkehrende *actio petitio persecutioque esto*. Die erste, zweite und dritte Tafel geben die Ermächtigung zur Klage überall nur mit den Worten *petitio* oder *petitio persecutioque esto*⁹⁾ (c. 61, 74, 75, 76, 81, 92, 93, 97, 104); erst auf der vierten, welche aus verschiedenen Gründen für jünger gelten muss als die übrigen¹⁰⁾, begegnet

⁸⁾ Eben so wenig eine Byzantinische Interpolation. Einerseits lesen wir in den Pandekten oft genug *iudicium*, wo *actio* eben so gut am Platze wäre, andererseits begegnet *actio* häufig zur Bezeichnung der praetorischen Klage — selbst der Klagen des Digestentitels 47, 8 — auch in Vorjustinianischen Quellen; so z. B. bei Gai. III, 189, 192, 209, IV, 8, 35, 36, 69, 70, 71, 72, 111, Paul. I, 8, 2, II, 2, 1, II, 31, 6 und 16.

⁹⁾ Ebenso in der Lex Manilia (Julia) c. 4 [54] (anders Callistratus l. 3 pr. D. de term. 47, 21, wo über c. 5 [55] desselben Gesetzes berichtet ist), L. Julia mun. v. 19, 97, 107, 125, 141; vgl. dazu Mommsen Stadtrechte S. 462, 463 und Bruns in der Zeitschr. f. R. G. Bd. XII S. 118, 119. Im c. 73 der L. Ursonensis ist beigelegt: *ex-actioque esto*; darüber Mommsen in der Ephemeris epigr. III p. 97. Wegen der Clausel *actio petitio persecutio* in der Aquilischen und in der Stipulation *amplius neminem petiturum* kann auf Eisele a. a. O. S. 33 verwiesen werden, der ihren Ursprung mit Recht in der Zeit des Legislationenprocesses sucht.

¹⁰⁾ So Mommsen in der Ephemeris epigr. II p. 121, 122, III p. 97, und Bruns a. a. O. S. 84, 119, der Mommsen auch in der Annahme einer Interpolation zustimmt; dagegen Huschke Multa und Sacramentum S. 549, 550. Bemerken will ich nur, dass im c. 95 (tab. III) dem ausbleibenden privaten Kläger angedroht ist: *earum rerum quarum h. l.*

Wlassak, Röm. Processgesetze.

jene Häufung der Ausdrücke, die in Gesetzen und Senatsbeschlüssen der Kaiserzeit durchaus üblich war. Darnach liegt es gewiss sehr nahe, an eine spätere Einschlebung der *actio* in die Lex Ursonensis zu denken. Sollte das Wort doch schon im ursprünglichen Texte gestanden haben, so wird man vielleicht mit Huschke-Brunns¹¹⁾ das halbcriminelle Verfahren des Coloniegesetzes als Legisactionenprocess auffassen müssen.

Um schliesslich darzuthun, dass der Ausdruck *actio* zu einer Zeit, wo er längst für die civile Schriftformel eingebürgert war, doch für die praetorische Klage nur im weiteren Sinne verwendet wurde, braucht blos daran erinnert zu werden, wie noch Juristen des zweiten Jahrhunderts den Begriff der *actio* bestimmen.

Wer sich die Ulpian'sche Erläuterung der *pecunia debita* vor Augen hält: *uidetur enim debitum et quod iure honorario debetur* (l. 1 § 8 D. pec. const. 13, 5), wird kaum geneigt sein, die bekannte Definition des Celsus in l. 51 D. de O. et A. (44, 7) auch auf persönliche¹²⁾ Klagen des praetorischen Rechtes zu beziehen. Versteht doch ein erheblich späterer Jurist, Ulpian in l. 25 pr. D. cod. unter *actio* gewiss nur die Civilklage, wenn

quaestio erit, actio ne esto. In der L. Aelia rep. steht *actio* v. 56, 75 (82) (Brunns Fontes p. 66, 70 — ed. V); vgl. auch noch C. I. L. t. I nr. 1502 (Brunns p. 118). — Die Tafeln der Lex Ursonensis sind oben mit den von Brunns Fontes p. 119 angenommenen Zahlen bezeichnet.

¹¹⁾ A. a. O. S. 123, 139. Vgl. Huschke Multa S. 266—271, auch Demelius in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XV S. 12 N. 29 und Mommsen Staatsrecht Bd. I S. 177.

¹²⁾ Vgl. Savigny System Bd. V S. 10, dessen Erklärung des Sprachgebrauchs *actio* = *a. in personam* (S. 10, 11, 28—34) mir jedoch unrichtig scheint. In der Controverse Keller-Stintzing über die Sponsio als Uebergangsprocessart stehe ich auf der Seite des Letzteren.

er sagt: *Actionum genera sunt duo, in rem, quae dicitur vindictio, et in personam, quae condictio appellatur.* Und genau dieselbe Beschränkung des Actionenbegriffes ergibt sich endlich in ganz unzweideutiger Weise aus der Darstellung des Gaius im Eingang des vierten Commentarius.

Wenn da die persönliche Klage (im formellen Sinn) bestimmt wird als *actio qua agimus cum aliquo qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare, facere, praestare oportere* (IV. 2), und die unpersönliche als *actio, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, ueluti utendi aut utendi fruendi . . .* (IV. 3), so sind offenbar die praetorischen Klagen (IV. 46: *innumera-biles formulae*), zum Mindesten die in factum concipirten, ausgeschlossen.

Ja man darf noch weiter gehen. So sicher es ist, — wegen des zweimaligen *si paret* in IV. 4 und wegen IV. 10 — dass Gaius von der Klage des Aebutischen und Julischen Rechtes sprechen will, so wenig kommt doch seine Absicht in der mitgeteilten Definition zum Ausdruck. Diese passt nämlich ebenso wie die an anderer Stelle (IV. 41) gegebene Beschreibung der Intentio¹³⁾ streng genommen nur auf die Spruchformel. Den Grund, der die Beibehaltung der alten, vielleicht von Q. Mucius entlehnten Definition zur Not rechtfertigt, werden wir weiter unten kennen lernen. Indess ist doch Gaius keinesfalls von dem

¹³⁾ Dies hat schon Keller Civilprocess § 39 S. 195 bemerkt, der aber (S. 193) dem Gaius doch zu viel zumutet, wenn er sagt, „in seinem Sinne“ könne den von ihm IV. 41 aufgeführten Beispielen noch hinzugefügt werden: *Si paret patronum . . . in ius uocatum esse.*

Vorwurf der Bequemlichkeit freizusprechen. Statt offen zu bekennen, dass seine Begriffsbestimmung nur die civilen Actionen trifft, stellt er sich eine Zeit lang (§ 1—7) blind gegen die Existenz der praetorischen Klagen, um dieselben schliesslich (§ 8) verstohlener Weise unter den Beispielen der Poenalklagen in die Darstellung einzuführen¹⁴⁾.

Eines aber dürfte Gaius zu seiner Entschuldigung anführen. Was er nicht versucht hat: die Aufstellung einer alle Klagen umfassenden Definition, hat sicherlich wie nach ihm so auch vor ihm kein anderer römischer Jurist unternommen¹⁵⁾. Die Aufgabe war schwierig und keine von der Art, die einen *iuris conditor* hätte verlocken können, seine Kräfte daran zu wenden. Statt eine neue Begriffsbestimmung aufzustellen, die doch wenig Belehrung gewährt hätte, hielt man nach römischer Weise fest an der ererbten Actionendefinition und begnügte sich mit einem lose verbundenen Anbau, auf den der alte Name ausgedehnt wurde.

Nach allem dem möchte die eigentliche Bedeutung von *actio* auch für Ciceros Zeit nachgewiesen und zugleich ermittelt sein, in welchem Sinne *iudicium* gebraucht ist, wo

¹⁴⁾ Aehnlich verfährt Ulpian in l. 25 D. cit. Das Principium handelt nur von Civilklagen; daran schliesst sich im § 1 die unlogische Einteilung der Actionen: *ex contractu — ex facto — in factum*, die bereits die praetorischen Klagen mitumfasst.

¹⁵⁾ Justinians Institutionen (IV. 6. pr. — § 3) zeigen keinen Fortschritt gegenüber Gai. IV. 1—6. Was der an die Spitze des Titels gestellten und an diesem Orte ungenügenden Definition des Celsus folgt, scheint einem anderen Werke des Gaius entnommen zu sein oder einem späteren Schriftsteller, der die citirte Institutionenstelle ausgeschrieben hat. Etwas besser als bei Gai. IV. 8 kommen übrigens die praetorischen Klagen bei Justinian (§ 3) doch zur Geltung.

es zur *actio* in Gegensatz gebracht wird¹⁶⁾. Wenn insbesondere im dritten Buche *de natura deorum* der *actio* ‚*ope consilioque tuo furtum aio factum esse*‘ gegenübergestellt werden *tot iudicia de fide mala, tutelae, mandati*, u. s. w., so sind unter den letzteren nicht etwa „Gerichte“ oder „Gerichtsverhandlungen“ zu verstehen, schon darum nicht, weil die Aufzählung dadurch logisch fehlerhaft würde. Sind es aber Schriftformeln, die Cicero meint, dann kann die Stelle ohne Bedenken als Beleg angeführt werden für die scharfe Unterscheidung der Spruch- und der Schriftformelklage.

Und so werden wir schliesslich mit ziemlicher Sicherheit auch das *iudicium*, welches in der Rede pro Quinctio wiederholt erwähnt ist, ebenso in den *Officia* (III. c. 15 § 61, c. 17 § 70) und *Topica* (c. 17 § 66) die *iudicia* oder *arbitria in quibus ‚ex fide bona‘ est additum*, als Schriftformeln auffassen und beifügen dürfen, dass keinerlei Grund vorliegt, den geschriebenen Klagformeln im Gerichtsverfahren der Republik anderen Charakter beizulegen als im späteren von Gaius geschilderten Prozesse.

§ 9. Die Geltung der *Legisactio* nach dem Aebutischen Gesetze.

Sollten die vorstehenden Erörterungen die Zweifel entkräftet haben, welche von Bekker rege gemacht sind gegen

¹⁶⁾ Hierher gehört auch Cic. orat. part. c. 28 § 99 in f., § 100; doch ist in der Stelle *iudicium* nicht blos zur Bezeichnung der Formel sondern auch des Processes gebraucht. Gegen Schultze Privatrecht I S. 259 vgl. Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 440 N. 10^a. Unzweideutig scheinen mir die *stipulationum aut (et) iudiciorum formulae* bei Cic. top. c. 8 § 33, de leg. I. 4 § 14 (vgl. auch or. part. c. 31 § 107). Bekkers Bedenken in der Zeitschr. f. R.G. Bd. V S. 350 beruhen auf einer Verwechslung von Edict und Klagformel.

das Vorkommen des reinen Formelprocesses (zwischen Bürgern) in der Ciceronischen Epoche, so ist damit die Aebutia nicht nur versetzt in die Zeit vor Ciceros Auftreten, sondern zugleich hinweggerückt aus der unmittelbaren Nähe der Lex Julia. Erwiesen ist also ein zeitlicher Abstand zwischen den genannten Gesetzen, der, meiner Ueberzeugung nach weit Mehr, allermindestens aber die Jahre zum grössten Teil umfasst, in welche Ciceros schriftstellerische Wirksamkeit fällt.

So kehrt die schon oben gestellte Frage wieder, welcher Anteil an der Aufhebung der Spruchformeln der früheren und welcher der späteren Lex zukommt. Mit Recht wird ganz allgemein den Legisactionen nach dem ersteren Gesetze ein grösserer Spielraum zugewiesen als nach dem letzteren. Freilich beschränkt sich auch auf diesen recht unbestimmten Satz die Uebereinstimmung der Ansichten. Das genauere Verhältniss des neuen Processsystems zu dem alten ist leider für unsere Zwischenzeit nicht mit völliger Sicherheit zu ermitteln, da wir nur über einzelne Punkte bestimmte Nachrichten haben.

Zu den Thatsachen, die ausser Streit stehen, gehört — wie gesagt — die Zulässigkeit der Legisactio nach dem Aebutischen Gesetze in gewissen Fällen, wo seit der Julischen Gerichtsordnung nur mehr *per concepta uerba* processirt werden konnte. Die Anwendung der älteren Processform gestattet das neuere Gesetz, wie Gaius IV. 31 berichtet, noch *ex duabus causis: damni infecti et si centumuirale iudicium futurum est*.

Wenn wir diese Norm im Auge behalten und dann den bekannten, freilich nicht ganz zuverlässigen Bericht

des Cicero (de orat. I c. 38 § 173¹⁾ über die Competenz der Hundertmänner vergleichen mit den sonst von diesem Autor als lebendiges Recht bezeugten Legisactionen, so bleiben einige Rechtssachen übrig, die nicht vor die Centumvirn (auch nicht vor das Zehnergericht)²⁾ gehörten, die also in Vorjulischer Zeit ohne Instruction durch Schriftformel höchst wahrscheinlich vor einen Privatrichter gebracht wurden.

Einen Fall dieser Art kennen wir schon aus de nat. deor. III. c. 30 § 74: die Actio furti nec manifesti³⁾. Ferner ist für die Erbteilungsklage die Fortdauer der alten Processform erwiesen durch de orat. I c. 56 § 237, für die Actio rationibus distrahendis durch dasselbe Werk I c. 36 § 166, 167⁴⁾. Bei der letzteren Klage scheint

¹⁾ Vgl. über diese Stelle besonders Bethmann-Hollweg in der Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft Bd. V S. 364, 369–372; anscheinend anders Ihering Geist I S. 223 N. 115. Weitere Quellenbelege bei Keller Civilprocess § 6 N. 87, 88. Eine missverständliche Auslegung der Oratorstelle, die sich bei K. A. Schneider De centumviralis iudicii origine p. 65 (1835), ferner bei Puntchart Civilrecht S. 349, 350 findet und der später anscheinend auch Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II § 92 N. 50, § 97 N. 16 zustimmte, ist hier sofort zu widerlegen. Cicero verweist keineswegs — wie Puntchart meint — „den Streit über das Eigentum an einem Fundus allgemein (*omnino*) vor die Centumvirn“. Die Aufzählung der Centumviralsachen enthält nur der Satz: *in quibus . . . iura uersentur*, während der folgende: *cum omnino . . . bis impudentiae* aus der Gesamtzahl aller Rechtssachen, welche, wie Cicero sagt, *in iure a praetorum tribunalibus*, dann *in iudiciis priuatis*, endlich vor den Centumvirn vorkommen konnten, einige der wichtigsten hervorhebt. Darnach ist auch der Widerspruch gar nicht vorhanden, den Bethmann-Hollweg (§ 97 N. 16) zwischen Cic. de orat. I c. 38 § 173 einerseits, Cic. p. Caec. c. 33 § 97 andererseits annimmt.

²⁾ S. Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 591.

³⁾ Vgl. übrigens (gegen Cohn) Lenel Edict S. 262.

⁴⁾ Vgl. Ubbelohde Realecontracte S. 62, Rudorff Zeitschr. f. R.G.

allerdings die Verweisung vor einen Einzelrichter besonders unsicher, weil Cicero l. c. von den Centumviralsachen sagt: *in quibus tutelarum iura uersantur*. Indess sind, wie Bethmann-Hollweg richtig bemerkt, in der fraglichen Stelle überhaupt nicht die Actionen aufgezählt, über die von den Hundertmännern zu entscheiden war, sondern nur einige Rechtsfragen, welche in diesem Gerichte häufiger zur Sprache kamen. Sollte aber Cicero doch eine besondere Klage im Auge haben, so wäre weit eher an die Vindication der vormundschaftlichen *uis ac potestas* zu denken⁵⁾ als an die Actio tutelae.

Anreihen kann man den Klagen, bei welchen die solenne Parteireden in Nachaebutischer Zeit beglaubigt ist, noch die Legis actio de pauperie. Von ihr ist dem Anschein nach ein Stück durch Quintus Mucius in l. 1 § 11 D. si quadr. (9, 1) erhalten.

Ob daneben auch die „Actio auctoritatis“ genannt werden darf, das zu untersuchen, ist nicht hier der Ort.

Bd. XI S. 61, Puntchart Rede S. 58. Dagegen die bei Cic. de off. III 17, 70 zuerst angeführten *uerba* (die *aurea* gehören ins iudicium fiduciae — de off. III 15, 61) halte ich nicht mit Bekker Zeitschr. f. R.G. Bd. V S. 345, Lenel Edict S. 234 und Ubbelohde S. 61 für eine Legisactio, sondern mit den von dem Letzteren S. 61 N. 73 cit. Gelehrten für ein Geschäftsformular. [Dazu neuestens O. Geib Actio fiduciae S. 16—19 des S. A.] Ueber Cic. Top. c. 17 § 64 (Bekker S. 348) vgl. Voigt XII Tafeln Bd. I S. 456. Endlich die im Jus naturale Bd. III N. 1305—1307 von Voigt gesammelten Stellen sind keineswegs alle beweiskräftig.

⁵⁾ Das hat später wohl auch Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. I § 41 N. 24 angenommen. Belege für die uindicatio tutelae bei Wlassak Neg. gestio S. 105 N. 6. Neuestens möchte Hruza Ueber das lege agere pro tutela S. 76, 77 noch die accusatio suspecti vor die Centumviri oder Decemviri verweisen, dabei unterstellend, was unzulässig ist, dass die beiden Gerichte „schon in der Zeit nach den Zwölftafeln“ vorhanden waren.

Zum Beweise beruft man sich neuestens ziemlich allgemein auf die mehrfach überlieferte und von Cicero pro Caec. c. 19 § 54 deutlich dem praktischen Rechte zugewiesene Spruchformel: *quando te in iure conspicio* (p. a. f. a.)⁶⁾, die meist dem, mit Eviction bedrohten Käufer in den Mund gelegt wird. Es lässt sich jedoch kaum sicher darthun, dass damit das Richtige getroffen ist.

Die Phrase endlich *de eadem re alio modo* (erwähnt de finib. V c. 29 §. 88 und in einem Briefe an Seruius XIII. 27 § 1) war, wenn sie überhaupt zu den Spruchformeln gehört, sicherlich mit keiner einzelnen Actio verbunden⁷⁾.

Mit dieser letzteren Bemerkung ist schon eine weitere hier ebenfalls zu erörternde Frage berührt: wie es nach dem ersten Reformgesetz mit der Geltung der einzelnen *modi agendi* stand, deren uns fünf verschiedene genannt werden. Das Wenige, was die Quellen über diesen Punkt enthalten, ist lange nicht ausreichend, um sofort eine Antwort zu ermöglichen. Als feststehend kann eigentlich nur Eines betrachtet werden: die Fortdauer der Legis actio *sacramento*, welche durch Cicero deorat. I. c. 10 § 42, pro Mil. c. 27 § 74, ad fam. VII. 32 § 2⁸⁾ und für

⁶⁾ Vgl. auch Cic. pro Murena c. 12 § 26 und Probus de notis 4; dazu Mommsen Ad legem de scribis . . . et de auctoritate p. 14, 15 (Diss.), Eck Verpflichtung des Verkäufers S. 8 N. 4, Lenel Edict S. 424, 427 und die bei Keller-Wach Civilprocess N. 213 und 682 Angeführten; ausführlich besonders Karlowa Beiträge zur Geschichte des röm. Civilprocesses S. 18, 19, Legisactionen S. 74, 75, Bechmann Kauf I S. 112—116; neuestens Kipp Litisdemntiation S. 148, 149. — Obwohl geneigt, für Bechmann zu stimmen, möchte ich doch bemerken, dass wir einstweilen nur Vermutungen aufstellen können.

⁷⁾ Vgl. Bekker in der Zeitschr. f. R. G. Bd. V S. 348, 349.

⁸⁾ Vgl. auch Valer. Max. VII c. 7 § 2.

Decemviralsachen insbesondere durch o. pro Caec. c. 33 § 97, pro domo c. 29 § 78 erwiesen ist.

Gerade diese Zeugnisse wären am ehesten entbehrlich, weil wir aus Gai. IV. 31 wissen, dass das Sacramentsverfahren selbst durch die Julischen Gesetze nicht ganz beseitigt ward. Nun ist aber nach Gaius' Bericht seit dem Abschluss der Processreform — abgesehen von der *Legis actio damni infecti* — nur mehr das *agere sacramento* gestattet. Fraglich bleibt es darnach, ob wir die Aufhebung der übrigen Verfahrensarten dem ersten oder dem zweiten Gesetze zuschreiben sollen.

In der heutigen Litteratur scheint man sich überwiegend der letzteren Annahme zuzuneigen⁹⁾, da es üblich ist, aus Ciceros Schriften Belege nicht bloß für den Sacramentsprocess, sondern auch für andere *modi agendi* anzuführen. So beziehen Manche mit Keller¹⁰⁾ c. 12 § 27 der o. pro Murena auf die *iudicis postulatio*, wofür in der That alle Wahrscheinlichkeit spricht, und eine Stelle der Verrinen III c. 11 § 27 nach Puchtas¹¹⁾ Vorgang auf die den Publicanen zustehende *legis actio per pignoris capionem*, was aus verschiedenen Gründen nicht ganz unbedenklich ist¹²⁾.

⁹⁾ A. A. ist Rudorff Rechtsgeschichte Bd. II § 27 S. 91.

¹⁰⁾ Civilprocess § 17 S. 86. S. Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. I § 24 N. 9, Bekker a. a. O. S. 346, wo noch auf Varro de lingua lat. VII § 93 verwiesen ist, Ad. Schmidt in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XV S. 162 N. 1; vgl. auch Voigt Jus naturale Bd. III S. 815, 816.

¹¹⁾ Institutionen Bd. I § 163 N. e (S. 482), Keller Civilprocess § 20 N. 267, Rudorff Rechtsgeschichte Bd. II § 25 N. 6, Matthiass Röm. Grundsteuer S. 44 N. 4.

¹²⁾ Vgl. auch Degenkolb Die Lex Hieronica S. 132, 133, 139, und Karlowa Civilprocess zur Zeit der Legislationen S. 215, 216,

Einmal sind wir ohne Weiteres kaum befugt, in der *pigneratio*, von der bei Cicero die Rede ist, und die seiner Angabe nach auch in verschiedenen Provinzen zulässig war, die förmliche Pfändung *certis uerbis* zu erkennen, von der Gai. IV. 28, 29 handelt. Und entschlägt man sich auch dieses Zweifels, so wäre dann noch zu erwägen, ob nicht der Einfluss der Aebutia durchaus beschränkt war auf Rechtsverfolgungsacte im römischen Stadtgebiet. Das gerichtliche Verfahren wenigstens sollte — wie später zu zeigen ist — durch das genannte Gesetz nur innerhalb jener Grenzen umgestaltet werden.

Verlässlicher als die Ciceronische Stelle scheint mir eine Aeusserrung Varros¹³⁾ in den *quaestiones epistolicae*, die uns Gell. VI. (VII.) 10, 2 aufbewahrt hat. Die *pignoris capio* (*ob aes militare*)¹⁴⁾ bei Varro und die auf einer kürzlich in Rom gefundenen Inschrift¹⁵⁾ neben der *manus iniectio* erwähnte Pfändung können am ehesten als Zeugnisse gelten für das Vorkommen des in Rede stehenden *modus agendi* in der Nachaebutischen Periode.

In Betreff der *Legisactio per manus iniunctionem* dürfte ein ziemlich sicherer Schluss aus cap. 61 der Caesarischen Lex Ursonensis¹⁶⁾ zu entnehmen sein. Wenn ein römisches

deren Einwendungen jedoch grossenteils von Gesichtspunkten ausgehen, die ich nicht für zutreffend halte.

¹³⁾ So statt *Catonis* M. Hertz. Vgl. den Index auctorum der kleinen Gelliusausgabe (Teubner 1886) p. 292, 289.

¹⁴⁾ S. Gai. IV. 27.

¹⁵⁾ C. I. L. t. VI nr. 3823. Ueber den Charakter und das Alter der Inschrift vgl. die folgende Note a. E.

¹⁶⁾ Ich unterlasse es, die *Legisactio* des oskischen Gesetzes (Z. 24) der Bantianischen Tafel geltend zu machen, hauptsächlich darum, weil das höhere Alter der Aebutia auch dann nicht nachzuweisen ist, wenn für die Lex Osca Kirchhoffs oder Mommsens Zeitbestimmung als sicher

Gesetz für eine Colonie von Bürgern im Jahre 710 die Personalexecution auf Grund des Judicats in der alten solennen Form vorschreibt, so muss diese zu jener Zeit auch in Rom noch in Gebrauch gewesen sein. Freilich stellt das citirte Capitel keine allgemeine Executionsordnung auf, sondern regelt — wie die Anfangsworte des erhaltenen Textes vermuten lassen¹⁷⁾ — nur die Eintreibung einer Strafforderung der Gemeinde. Indess dürfen wir darum noch nicht behaupten, dass in Urso bei Privatforderungen die *manus iniectio* ausgeschlossen war. Nahe läge dieser Gedanke nur dann, wenn die Beobachtung der solennen Form, die für den Gemeindevertreter angeordnet war, den Verurtheilten einer anderen und strengeren Behandlung unterworfen hätte als das formlose Betreiben der Personalexecution.

angenommen wird. (Eine andere als die bei Bruns Fontes p. 50 mitgetheilte Auffassung der citirten Gesetzesstelle vertritt bekanntlich Huschke Multa S. 61 N. 160, S. 266—269, 416.) Aus demselben Grunde bleibt die (lateinische) *manus iniectio* der Lex luci Luerini (C. I. L. t. IX nr. 782 und Bruns p. 241) unberücksichtigt. Bruns in der Zeitschr. f. R. G. Bd. XII S. 128, 130—134 versetzt die Inschrift mit Mommsen in die erste Hälfte des sechsten Jahrhunderts und sucht darzuthun, dass die Lex Vallia (Gai. IV. 25) später erlassen sei. Diese letztere hält Bruns für ungefähr gleich alt wie das erste Gesetz über den Formularprocess. — Zu erwähnen ist endlich noch eine stadtrömische, nur sehr unvollständig erhaltene Inschrift im C. I. L. t. VI nr. 3823 (commentirt von C. Re im Archivio giuridico v. XVII p. 3—23; bei Bruns p. 171, 172), nach Mommsen ein Senatusconsult. Die letzten auf der einen Seite des Steines lesbaren Worte sind: *(ma)nus iniectio pignorisq(ue) ca(pio)*. In die voraufgehende Lücke will Re (p. 22) setzen *qui uolet*, wornach die Inscription eine Popularklage angeordnet hätte mit *m. i.* und *legisactio per pign. cap.* (p. 21—23). Als Zeitalter derselben sei das 7. Jahrhundert anzunehmen; die L. Aebutia soll älter sein (p. 7, 21).

¹⁷⁾ Vgl. Exner in der Zeitschr. f. R. G. Bd. XIII S. 396.

So könnte man beispielsweise einen notwendigen Zusammenhang annehmen zwischen der *l. a. p. manus iniunctionem* und der dem Gläubiger so ausserordentlich günstigen¹⁸⁾ Norm, welche dem Judicatus die Selbstverteidigung versagt. Doch liegt meines Wissens kein ausreichender Grund vor, gewisse Vorteile ausschliesslich mit dem feierlichen Handanlegen verbunden zu denken. Allerdings giebt das Recht der Kaiserzeit dem Verurteilten, der bereit war zur *satisfactio iudicatum solui*, in der That die Befugniss, in der schriftlich formulirten *actio iudicati* die Rolle des Beklagten selbst zu übernehmen. Allein Gaius IV. 25, der dies berichtet, sagt doch nur, dass die alte Executionsordnung so lange in Geltung verblieb, *quamdiu legis actiones in usu erant*¹⁹⁾; nicht, dass sie aufgehoben sei durch die Abschaffung der Spruchform.

Darnach ist wahrscheinlich der Vindex abgeschafft und das *pro se agere* eingeführt durch dieselbe Lex, welche die Legisactionen ausser Gebrauch setzte, m. a. W. durch die umfangreiche Julische Gerichtsordnung, die in einem Capitel von der Processform, in einem anderen von der Execution handelte. Dass aber die Reform auf dem einen Gebiete auch eine Rechtsänderung auf dem anderen zur notwendigen Folge hatte, wäre wohl zu Viel behauptet.

So sind wir denn allem Anschein nach nicht gezwungen, in dem c. 61 der Lex Ursonensis eine Sonderbestimmung zu erblicken für gewisse privilegierte Forderungen. Und wäre selbst diese Auslegung geboten, so stellt doch das Colonie-

¹⁸⁾ Vgl. Ihering Scherz und Ernst S. 198, 221 (1894).

¹⁹⁾ Das folgende *unde . . . cogitur* hebt den ursächlichen Zusammenhang hervor zwischen der Beseitigung des Vindex und der Cautionspflicht.

gesetz die Thatsache fast ausser Zweifel, dass die alte *manus iniectio*, sei es nun in grösserem oder geringerem Umfang, auch im stadtrömischen Process nach der Aebutia noch zur Anwendung kam.

Für das daneben zugelassene formlose Executionsverfahren des römischen Jus civile dürfte uns ein Zeugniß aus derselben Zeit, der das Stadtrecht von Urso angehört, erhalten sein in der Lex Rubria.

Im XXI. Capitel dieses Gesetzes wird der Gallische Magistrat beauftragt, gegen den Schuldner, der *in iure* gestanden oder sich nicht gehörig verteidigt hat, im Falle erhobener *actio pecuniae certae creditae* Personalexecution (*duci iubere*) selbst zu gewähren. Dem Gläubiger, der nach dieser Ermächtigung das *ducere* bewirkt, ist zugesichert: *id ei fraudi poenaeue ne esto*. Das darauf folgende Capitel XXII handelt von Klagen anderer Art und verweist, sobald der vor den Municipalmagistrat gestellte Beklagte als *confessus* oder *indefensus* erscheint, das weitere Verfahren vor den Praetor in Rom oder dessen Stellvertreter (*praetor isue quei de eis rebus Romae iure deicundo praerit*)²⁰⁾. Gedacht ist ohne Zweifel in erster Linie an den Stadtpraetor²¹⁾,

²⁰⁾ Zur Erklärung dieser Worte möchte das bei Mommsen Staatsrecht Bd. I S. 217, 218, 649 Gesagte dienen. Mommsen selbst ist freilich anderer Ansicht mit Rücksicht auf ähnliche Wendungen des Caesarischen Municipalgesetzes (C. I. L. t. I p. 118, 123 — ed. I, Röm. Geschichte Bd. III S. 492, 493). Wichtig ist in dieser Frage vor Allem das Datum der L. Rubria. Mommsen nimmt das Jahr 705 an (Staatsrecht Bd. III¹ S. 817 N. 3); dagegen aber neuestens Karlowa Rechtsgeschichte Bd. I S. 440—443. S. noch Savigny Verm. Schriften Bd. III S. 411, auch Lenel in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XV S. 38 N. 62.

²¹⁾ Vgl. auch Dirksen Observationes ad legis Galliae Cisalp. capita (Dissert.) p. 19 n. 10, p. 60, Huschke Gaius, Beiträge S. 212.

dem ja die Jurisdiction zusteht *inter ciues* und daher auch in den meisten Processen, die nach Rom aus dem Cisalpinischen Gallien gelangten, da dessen Bewohner zur Zeit des Rubrischen Gesetzes schon römische Bürger waren²²). Die Massregeln, welche der Praetor unter den erwähnten Voraussetzungen gegen den Beklagten zu ergreifen hat, deutet die Lex an mit den Worten: *ius deicito decernito eosque duci bona eorum possideri proscribere uenireque iubeto*²³).

Wir fragen nun, wie diesen Gesetzesbestimmungen zufolge die Personalexecution vor dem Gallischen Magistrat (c. XXI) und vor dem römischen Stadtpraetor (c. XXII) zu betreiben war? Sicherlich hier nicht anders wie dort. Entweder also in Rom wie in Oberitalien unförmlich oder mittels *manus iniectio*.

Mommsen²⁴) nimmt vielleicht dieses Letztere an, da er gelegentlich die Duction der Lex Rubria „die ordentliche und solenne Execution“ nennt, allerdings im Gegensatz zur *missio in bona*. Und gewiss wird jetzt, seitdem uns die Lex coloniae Genetinae Juliae bekannt ist, Niemand mehr den Gedanken einer Uebertragung der römischen Legisactio in auswärtige Bürgergemeinden und in den Process vor dem Duovir des Municipiums zurückweisen wollen²⁵).

²²) Seit der Lex Roscia von 705, die das Fragm. Atestinum Z. 12—14, 19, 20 erwähnt; vgl. Mommsen zu Bruns Fontes p. 100 n. 3, Röm. Geschichte Bd. III S. 556 N. 2.

²³) Darüber insbesondere Demelius Die Confessio S. 153—163.

²⁴) In Bekkers Jahrbuch d. gem. Rechts Bd. II S. 332. Neuestens hat Mommsen die L. Rubria auch im Staatsrecht Bd. III¹ S. 815—818 erläutert.

²⁵) Von der gegenteiligen Anschauung geht Huschke Gaius, Beiträge S. 214 N. 28, Multa S. 407 aus.

Dennoch wäre es wohl unrichtig, das *duci iubere* des Rubrischen Gesetzes als den Abschluss eines Legislationenverfahrens zu denken²⁶⁾.

Wird auch darauf kein Gewicht gelegt, dass für den alten förmlichen Executionsprocess der Ductionsbefehl des Praetors keineswegs feststeht²⁷⁾, so ist doch schon durch das Stillschweigen des Gesetzes, durch den Mangel einer Vorschrift über die Betreibung der Execution Seitens des Klägers, gegen die Annahme einer feierlichen *manus iniectio* entschieden. Widerlegt wäre diese Auslegung auch nicht

²⁶⁾ Demelius a. a. O. zieht diese Auffassung gar nicht in Erwägung. Seine Ansicht erhellt aus einer Bemerkung auf S. 139, wo im Hinblick auf die L. Rubria gesagt ist: „die Legislationenzeit lag noch nicht so fern“, und aus N. 2 auf S. 152.

²⁷⁾ Litteratur über diesen bestrittenen Punkt bei Keller (Wach) Civilprocess § 83 N. 1018; dazu noch Ihering Geist I § 11c N. 59^b, Demelius a. a. O. S. 43 N. 1, Sohn Institutionen S. 140 N. 10, Brinz in der Münchener Festgabe f. Planck S. 157. Sehr gewagt ist es, mit Wach (Keller l. c. N. 24^a) die L. Urson., welche den magistratischen Anspruch auch nicht kennt, für die Addition ins Feld zu führen. Zu Plautus Poenulus I. 1, v. 57, 58 vgl. Gai. III. 189 und Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. I S. 170, 171 N. 8. Unbestreitbar ist der praetorische Befehl im formlosen Executionsverfahren, unsicher wiederum das Verhältniss des *duci iubere* zur *addictio*. Während früher die beiden Ausdrücke für gleichbedeutend galten (vgl. z. B. Ihering im Register zum Geist s. v. Duccere), wird neuestens unterschieden. Nach Voigt in den Berichten der sächsischen Akademie (phil.-hist. Cl.) Bd. XXXIV S. 80–82, 88–90 und Die XII Tafeln Bd. I S. 622–627 wäre der *iussus domum ducendi* (im Verfahren mit solenner *manus iniectio*) nur Vorbereitung gewesen zu der nach Ablauf der 60 Tage folgenden *addictio*, während Lenel Edict S. 328, 329 (im praetorischen Executionsverfahren) umgekehrt den Magistrat den Ductionsbefehl aussprechen lässt, um der voraufgehenden *addictio* gegen den widerstrebenden Beklagten Nachdruck zu verleihen. (Noch anders Karlowa Legislationen S. 158 n. 164–168.) Die Quellen sind der Annahme Voigts sehr wenig günstig; vgl. insbesondere Cic. de orat. II c. 63 § 255, pro Flacco c. 20 § 48, Liv. VI c. 14, 15, 20, 36, L. Rubr. II v. 18, 19: *tantae pecuniae . . . duci iubeto*.

durch die Bemerkung, dass die Lex vielleicht nur das Verhalten des Magistrats, nicht auch der Partei regeln wollte. Die Grundlosigkeit dieses Einwands ergibt sich schon aus den oben (S. 94) dem Capitel XXI entnommenen Worten²⁸⁾, welche eine den Gläubiger betreffende Vorschrift enthalten.

Wenn demnach durch die Lex Rubria die formlose Personalexecution bezeugt ist zunächst für Gallien, dann in gallischen Sachen für das Gericht des Praetor urbanus in Rom, so dürfen wir kaum mehr Bedenken tragen, die Zulässigkeit dieses Verfahrens auch in stadtrömischen Rechtsfällen zwischen Bürgern zu behaupten. Nur das muss noch erwogen werden, ob auch in Fällen dieser letzteren Art der neuere gegen die Person gerichtete Executionsprocess vor dem Stadtpraetor auf gesetzlicher Grundlage ruhte oder nur auf honorarischer Norm, wie zweifellos im Gerichte des Fremdenpraetors, und wie allenthalben in Rom das im Rubrischen Gesetz neben der Duction genannte *bona possideri proscribere uenireque*.

Mit der aufgeworfenen Frage hängt aufs Engste die andere zusammen, ob die schriftliche *actio iudicati*, welche im formlosen Vollstreckungsverfahren an die Stelle des feierlichen Spruches treten musste, im Civilrecht gewährt oder nur durch die Jurisdiction des Praetor urbanus gestützt war. Das Eine scheint sicher: wenn es keine andere schriftliche Iudicatsklage gegeben hat als die im Jus honorarium begründete, dann kann die *manus iniectio* in ihrer volksrechtlichen Geltung durch das Aebutische Gesetz nicht beeinträchtigt sein.

²⁸⁾ Diesen entspricht in der L. col. Gen. Jul. c. 61 der Satz: *utque ei s(ine) f(raudē) s(ua) facere licet*.

Wlassak, Röm. Processgesetze.

Nun ist in der That die Existenz einer Civilformel der *actio iudicati* neuestens geleugnet worden nicht bloß für die Zeit vor, sondern auch nach der Julischen Gerichtsordnung. Bethmann-Hollweg und Lenel²⁹⁾ glauben nämlich selbst im Hadrianischen Album nur Judicatsklagen honorarischen Rechtes zu finden. Allein diese Ansicht wenigstens darf mit Bestimmtheit als irrig bezeichnet werden, da für die Hadrianische Epoche, welche die *manus iniectio* nicht mehr kennt, die *Actio civilis* aus dem Urtheil (neben der *praetoria*) deutlich genug beglaubigt ist.

Um von anderen Quellenäusserungen abzusehen, will ich nur erinnern an die bekannte Stelle des Gai. III. 180:

Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. et hoc (est) quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere.

Wie der beständige Gebrauch des Praesens zeigt, trägt der Jurist praktisches Recht vor: die von ihm angeführte Regel der *Veteres* steht zu seiner Zeit noch in Geltung. Dass sie insbesondere auch im Formularprocess zur Anwendung kam, das beweist die Erwähnung des *iudicium legitimum*.

²⁹⁾ Edict S. 355 (dazu Brinz in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XVII S. 175), auch in der Habilitationsschrift: Ursprung der Exceptionen S. 73, ferner Bethmann-Hollweg im Civilprocess Bd. II S. 635 zu N. 29; anders Degenkolb Einlassungszwang und Urteilsnorm S. 158, Pernice in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 45.

Was das alte Sprichwort bedeutet, braucht kaum bemerkt zu werden: es lässt die ins Iudicium deducirte Obligation *ipso iure* (Gai. III. 181), d. h. nach Civilrecht erlöschen und aus dem Urtheil eine civilrechtliche Verpflichtung hervorgehen, das *iudicatum facere oportere*. Bliebe noch ein Zweifel über den civilen Charakter der so entstandenen Urtheilsschuld, so wäre er behoben durch die Mittheilung des Gaius III. 173—175, derzufolge die *imaginaria solutio per aes et libram* anwendbar ist, *si quid ex iudicati causa debeatur*. Die Obligation aus dem Urtheil ist also unter gewissen Voraussetzungen unwidersprechlich civiler Natur und deshalb notwendig auch die Judicatsklage, da ja die erstere nur der Widerschein der letzteren, die *obligatio* nichts Anderes ist als ein *actione teneri*³⁰⁾.

Steht somit fest, dass Gaius die geleugnete Civilformel sicher kennt, so haben wir weiter noch den Ursprung derselben zu bestimmen, insbesondere die Frage zu beantworten, ob sie entstanden sei auf Grund der Lex Aebutia oder erst nach dem Julischen Gesetze. Meines Erachtens ist die civile *actio iudicati* in Schriftform mit grosser Wahrscheinlichkeit dem Vorjulischen Rechte zuzuweisen, hauptsächlich aus folgenden Gründen.

Vor Allem ist der Ansicht Voigts³¹⁾ zuzustimmen, wor-

³⁰⁾ Vgl. Bekker in der Zeitschr. f. R. G. Bd. IX S. 385—395, Actionen Bd. I S. 337, 338.

³¹⁾ Jus naturale Bd. III S. 1078, 1079, der freilich den Novationsgedanken schon mit der *l. a. per conditionem* ins röm. Processrecht eindringen lässt (S. 750, 751), gestützt hauptsächlich auf die (unbewiesene, s. Baron Conditionen S. 186, 187) Einführung der *sponsio testiae partis* durch die L. Silia. Das Richtige vertritt Krüger Consumtion S. 18, 43, 47; vgl. übrigens auch Bekker Consumtion S. 302, 304. Keller

nach der Gedanke, dass das *dare oportere* mit der Litiscontestation sein Ende finde, dem alten Processsystem noch fremd war. Von der Regel ausgehend: *bis de eadem re ne sit actio* haben die Juristen das zweifellos jüngere Sprichwort, welches Gaius überliefert, wohl erst für den legalen Formularprocess gebildet. Besonders die Idee der Umwandlung des *dare oportere* in das *condemnari oportere* kann nicht gut anders entstanden sein als durch Betrachtung der Schriftformel, welche an die bedingt gesetzte Intentio des Legisactionenverfahrens die Condemnationsanweisung anschliesst.

Dass Gaius I. c. die Parömie den *ueteres* zuschreibt, die er anderwärts (IV. 11, 30) mit den Spruchformeln in Beziehung bringt, steht dieser Annahme gewiss nicht entgegen. Reine Willkür wäre es unter den *ueteres* hier wie dort und überall, wo ein Schriftsteller dieses Wort verwendet, genau dieselben Personen zu verstehen. Wer von den „Alten“ spricht, der wird je nach der Verschiedenheit der Umstände mit diesem Ausdruck bald weiter, bald weniger weit in die Vergangenheit zurückgreifen. So brauchen wir also gar nicht geltend zu machen, dass das Nebeneinanderstehen der beiden Processsysteme — für die Ciceronische Zeit wenigstens — erwiesen ist, und demnach denkbarer Weise auch dieselben Juristen der einen wie der anderen Verfahrensart ihre Aufmerksamkeit widmen konnten.

Der Inhalt des Sprichwortes sollte uns übrigens ein

Civilprocess N. 712 (S. 305) findet die Anschauung, dass die Intentio der Actio in pers. durch einmaligen Gebrauch unwahr werde, schon im Legisactionensystem (verb. „So überkam wohl“ . . .); ebenso Schwalbach in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XX¹ S. 132 N. 2.

Fingerzeig sein, jene Rechtsgelehrten, denen es seine Entstehung verdankt, nicht mitten ins graue Altertum zu versetzen. Sind wir einerseits genötigt, wo Gaius von den *ueteres* spricht, an die Juristen der Republik³²⁾ zu denken, so scheint es andererseits geraten, den Erfinder des Sprichwortes in einer Zeit zu suchen, die zwar der Servianischen Jurisprudenz vorausgeht, doch aber von ihr nicht allzuweit entfernt ist. Die Vorstellung, dass die *Litiscontestatio* consumirend wirke, und die Vergleichung dieser wie des Endurteils mit der *Novationsstipulation* setzt freieste Beherrschung des Rechtsstoffes voraus, ebenso sehr Abstraktionsvermögen wie Gestaltungsgabe, Fähigkeiten also, die man in so voller Entfaltung der alten Formular- und Cautelarjurisprudenz schwerlich zutrauen darf.

Nach allem dem stammt die in Frage stehende Parömie gerade aus der Zeit, deren Recht wir ergründen wollen: sie ist jünger als die Aebutische, älter als die Julische Gerichtsordnung. Damit ist dargethan, dass der Gedanke einer Verwandlung des eingeklagten *dare oportere* in eine civile *Judicats-Action* und *Obligation* wahrscheinlich erst auf dem Boden des legalen Formularprocesses entstanden ist, doch aber der republikanischen Zeit angehört. Zieht man dann weiter die Bestimmung der *Lex Rubria* in Rechnung, derzufolge die *manus iniectio* im Executivverfahren vor dem Stadtpraetor wegfallen konnte, so liegt der Schluss gewiss sehr nahe, dass für die Klage zur Geltendmachung des *iudicatum facere oportere* schon in Vorjulischer Zeit eine civile Schriftformel proponirt war.

Ganz ohne Lücken ist nun freilich die vorstehende Darlegung keineswegs. Für Zweifel bleibt immer noch

³²⁾ Vgl. Pernice *Labio* Bd. I S. 5 und die dort Genannten.

etwas Raum, besonders darum, weil das Civilrecht möglicherweise die *Legisactio* im Vollstreckungsverfahren beibehalten konnte, und zwar als einzige Processform, zu einer Zeit, wo zur Erledigung anderer Rechtshändel bereits die Schriftformel zugelassen war. Indess scheint mir doch die hier vertretene Ansicht auch durch diese Gegenbemerkung nicht ernstlich erschüttert.

Wäre der angedeutete Einwand wirklich begründet, so hätte das formlose Executivverfahren bis zum Julischen Gesetze auch da, wo die *Judicatsobligation* nach dem Spruche der *Veteres civiles* Charakters war, nur zu honorarischer Klage führen können — eine Annahme, der man ohne Not nicht wird zustimmen wollen. Sodann aber müsste die *Lex Aebutia* einen der *modi agendi* von der Reform ausgenommen, sie müsste die *manus iniectio* in unveränderter Geltung belassen haben⁸³). Dass dies mit dem, allerdings kurzen Berichte des Gaius IV. 30 sehr schlecht stimmt, lehrt schon ein flüchtiger Blick auf die Institutionenstelle.

Schliesslich ist hier noch der Aeusserungen des Juristen bei Gell. XVI. 10, 8 zu gedenken, weil man diese leicht als Argument verwerthen könnte für die Einwirkung der *Aebutia* auf die altcivile Execution. Unter den verschollenen Rechtsbegriffen erwähnt nämlich der Anonymus auch die *proletarii* und *adsidui*. Diese aber stammen her aus einer Zwölftafelnorm über den *Vindex*, deren Geltung im Verfahren *per manus iniunctionem* seit der Auffindung des Stadtrechts von Urso keinem Zweifel mehr unterliegt⁸⁴). Wäre es geboten, die Worte (S. 59) *lege Aebutia lata* auch zu

⁸³) So Kappeyne a. a. O. S. 307.

⁸⁴) Der „Summenstrich“ unseres gegenwärtigen Wissens wird nicht richtig gezogen, wenn man, wie jüngst noch Mommsen in der

beziehen auf die *proletarii* u. s. w., und zu übersetzen: „durch die L. Aeb.“, so hätten wir uns die Aufsuchung anderer Beweisgründe für die obige These ersparen können. Die Gelliusstelle allein wäre entscheidend. Indess ist die übliche Auslegung derselben gewiss unhaltbar, weil sie einen Widerspruch erzeugt mit allen übrigen Nachrichten über die Reformgesetze. Sieht man dann genauer zu, so erscheint die angedeutete Auffassung nicht einmal als die nächstliegende. Vielmehr sagt der Jurist nur Folgendes: 1) die *proletarii* und Genossen sind verschwunden (*evanuerunt*), und 2) der alte übelberüchtigte Formelkram der XII Tafeln (*illa antiquitas*) ist unpraktisch geworden (*consopita*) seit der Erlassung der Aebutia, ausser in Centumviralsachen.

§ 10. Fortsetzung — Facultative Processformen.

Mit Benutzung des im Bisherigen (§ 9) vorgeführten sehr lückenhaften Materials muss nun der Versuch gemacht werden, ein Gesamtbild des neueren Processrechts der Vorjulischen Zeit zu gewinnen. Wenn man Alles zusammen-

5. Aufl. der Fontes, das Decemviralgesetz über den Vindex einer alten Gewohnheit zu Liebe (nach Dirksen) in der ersten Tafel belässt, statt es mit Haubold in die dritte zu stellen. Das Vorkommen des Vindex bei der *manus iniectio* der tab. III ist ganz sicher, und dass die von Gell. XVI. 10, 5 überlieferte Norm eben für diesen Vindex galt, muss sich Jedem aufdrängen, der L. Urson. c. 61 mit Gell. XX. 1, 45 und Gai. IV. 21 vergleicht. Dagegen ist über den Vindex bei der *in ius vocatio* auch nicht das Mindeste bekannt; Demelius durfte selbst dessen Existenz bestreiten. Die Vermutung mag man immerhin aufstellen, dass der Vocationsvindex unter derselben Regel stand wie der im Executivverfahren auftretende; doch liegen dafür keinerlei Belege vor. Vgl. übrigens Exner, Demelius, Lenel in der Zeitschr. f. R. G. Bd. XIII S. 392, Bd. XV (R. A.) S. 6, 48 N. 90, Wach bei Keller N. 533 (S. 232), Voigt Die XII Tafeln Bd. I S. 578 N. 20, S. 701, M. Rümelin Stellvertretung im röm. Civilprocess S. 75—79, Maschke Der Freiheitsprocess im klassischen Altertum (1888) S. 160.

fasst, was uns vorliegt, das sicher Beglaubigte und die Nachrichten zweifelhafteren Inhalts, so ergeben sich doch nur wenige Anhaltspunkte für die Lösung der Frage, inwieweit die Legisactionen (im einen und im anderen Sinne) nach der Lex Aebutia noch in Geltung verblieben. Ohne erst die von Anderen¹⁾ geäusserten Vermutungen besonders zu bekämpfen, möchte ich sofort das mir richtig Scheinende hinstellen.

Die Reform des Aebutischen Gesetzes bezog sich nach meiner Meinung wie auf alle Civilklagen, so auch auf alle *modi agendi*. Sämmtliche Legisactionen sind schon durch diese ältere Gerichtsordnung aufgehoben (*sublatae*), freilich nur insofern aufgehoben, als die Spruchformeln und sonstigen Solennitäten seitdem nicht mehr obligat waren. Das Julische Gesetz hat dann die Umwandlung des Processrechtes zum Abschluss gebracht, indem es — von zwei Ausnahmefällen abgesehen — die Legisactio auch als facultative Processform beseitigte und den schriftlichen *uerba concepta* die Alleinherrschaft sicherte.

Wie sehr es römischer Weise entsprach, das Alte dem Neuen nicht sofort zu opfern, sondern zunächst Beides neben einander bestehen, den Fortschritt gewissermassen heranreifen zu lassen, das weiss jeder Kundige. Solche behutsame, Sprünge meidende und langsam vorschreitende Entwicklung ist nun gerade auf dem Gebiete des Processrechtes bei aller Dürftigkeit der Ueberlieferung ziemlich sicher nachzuweisen.

Schon in der Legisactionenzeit heben die neueren Gesetze dem Anschein nach das alte Verfahren nicht auf,

¹⁾ Litteratur bei Keller Civilprocess § 23 N. 271, dazu noch Huschke Multa S. 496—500.

sondern erklären nur daneben noch ein anderes für zulässig. Neben der Sacramentsklage finden wir als jüngere Formen die *iudicis postulatio* und die *condictio*. Wenn Gaius IV. 20 von der letzteren sagt, es sei streitig, *quare haec actio desiderata sit, cum de eo quod nobis dari oportet, potuerimus aut sacramento aut per iudicis postulationem agere*, so bleibt zwar die Frage noch offen²⁾, ob das Silische und Calpurnische Gesetz bei gewissen Schuldklagen die beiden älteren Processformen ausgeschlossen; dagegen kann unbefangene Auslegung des mitgeteilten Textes kaum zu einem anderen Ergebniss führen als zur Annahme electiver Concurrenz zwischen *sacramentum* und *iudicis postulatio* in allen Fällen des *dare oportere*³⁾. Gaius trafe der Vorwurf zweideutiger Berichterstattung, wenn das alte Recht gewisse Schuldklagen ausschliesslich der einen, andere der anderen Processform zugewiesen hätte.

Dass die *legis actio per conductionem* nach gesetzlicher Vorschrift in ihrem Bereiche mit Ausschluss der Sacramentsklage zur Anwendung kam, ist gleichfalls nicht ohne Weiteres zuzugeben. Wer für die Concurrenzconduction des klassischen Rechtes stimmt, — sei es auch nicht in dem von Baron behaupteten Umfang⁴⁾ — der wird geneigt sein, die Wurzel dieser Erscheinung in der älteren Zeit

²⁾ „Offen“, denn das *Practeritum* (*potuerimus*) ist gebraucht, wie überall (trotz IV. 31, 95), wo die *Legislationen* erwähnt sind, mit Rücksicht auf die vor Gaius' Zeit liegenden Reformgesetze.

³⁾ So mit Recht A. Schmidt in der *Zeitschr. f. R. G. R. A.* Bd. XV S. 150—154, wo auch Gai. IV. 13 richtig erklärt ist, gegen die überwiegende Meinung Anderer: s. Keller-Wach *Civilprocess* § 17 N. 232, dazu Karlowa *Legislationen* S. 13, Ihering Scherz S. 205.

⁴⁾ Vgl. neuestens Ihering Scherz S. 225 N. 1.

zu suchen, wo verschiedene *modi agendi* zur Auswahl standen. Noch grössere Bedenken wider die völlige Ersetzung der Sacramentsform durch die *Condictio* bei Klagen auf ein *dare oportere* erweckt Gaius IV. 95, wo m. E. für einen besonderen Fall dieser Art der Gebrauch der ersteren nach Postjulischem Rechte bezeugt ist. Wäre die Sacramentsklage auf *certa pecunia* durch das Silische Gesetz wirklich aufgehoben, so müsste sie später eine Auferstehung erlebt haben, die wenig glaublich ist⁵⁾.

Nebenbei darf hier sofort auf die *Lex Acilia* (v. 23, 74) von 631 verwiesen werden, welche vermutlich⁶⁾ die vorhergehenden Repetundengesetze des L. Calpurnius (605 d. St.) und M. Junius nicht aufhob und demzufolge ein neues Verfahren anordnete neben der Sacramentsklage auf Grund jener eben genannten Leges.

Ein sicheres Beispiel electiv anwendbarer Processformen bietet das alte Polizeistrafrecht. Die arbiträre vom Magistrat dictirte und irrogirte Mult wird seit dem 6. Jahrhundert d. St. immer mehr verdrängt durch die gesetzlich angeordnete feste Geldstrafe. Während der Uebergangszeit aber kommt es vor, dass ein und dasselbe Delict alternativ bedroht wird, mit Mult oder Geldstrafe: so in der Inschrift von Luceria und in dem lateinischen Gesetze der Bantinischen Tafel Z. 8—13⁷⁾. Nun führt bekanntlich

⁵⁾ Vgl. auch A. Schmidt a. a. O. S. 152.

⁶⁾ *Lex Acilia* v. 74, 75 (81, 82) wird von Mommsen im C. I. L. t. I nr. 198, dem Bruns folgt, anders ergänzt als von Rudorff in den Abhandl. d. Berliner Akademie von 1861. Letzterer lehnt ausdrücklich (S. 517) die im Text aufgestellte Vermutung ab. Vgl. noch Rein Criminalrecht der Römer S. 616, 619, A. W. Zumpt Criminalrecht der röm. Republik Bd. II¹ S. 42—54, 171—173.

⁷⁾ Bruns *Fontes* p. 241, 52; vgl. dazu noch das Municipalgesetz von Tudur Z. 4—6 (C. I. L. t. I nr. 1409, Bruns p. 149) mit den Er-

die Multirung unter Umständen zu einer *certatio* im *iudicium populi*; dagegen muss die feste Geldstrafe eingeklagt werden im gewöhnlichen Civilweg, vor dem Praetor und vor Geschworenen. Das Ergebniss kann in beiden Fällen dasselbe sein, die Art des Verfahrens aber ist hier und dort wesentlich verschieden.

Jünger als die Lex Aebutia dürfte die im Interdictenprocess dem Beklagten eingeräumte Befugniss sein, wo Restitution oder Exhibition in Frage steht, die Strafsponsion zu vermeiden durch Erbitung einer Arbitrarformel (Gai. IV. 163—165). Cicero⁸⁾ kennt schon dieses processualische Wahlrecht; ursprünglich aber ist gewiss nur ein Verfahren, nur das *agere cum poena*, möglich gewesen. Lehnt der Impetrat dieses letztere ab, so ist damit auch entschieden über die Geschwornengattung, welcher der Spruchrichter angehören soll. Die mit Arbitrarformel instruierte Sache wird nämlich immer einem Einzelrichter überwiesen, während wir in den Judicien aus den Sponsionen als Urteiler bald den Judex unus bald Recuperatoren vorfinden⁹⁾.

Dieselbe Erscheinung begegnet dann auch ausserhalb des Interdictenprocesses. Bei einigen Klagen, so bei der Actio iniuriarum¹⁰⁾, sind beiderlei Arten von Geschworenen

gänzungen von Mommsen (Staatsrecht Bd. I S. 142 N. 2) und das Fragment auf einer Mailänder Bronze im C. I. L. t. I nr. 1502 (Brunns p. 118), beide vermutlich aus der Zeit des Augustus, endlich Plautus Truculentus IV. 3, v. 47—50. S. überhaupt Mommsen a. a. O. S. 175—178 [u. S. 184 N. 3 — 3. Aufl.], neuestens Schoenhardt Alea S. 69 (1885).

⁸⁾ Pro Tull. c. 23 § 53, dazu Schmidt Interdictenverfahren S. 263.

⁹⁾ Vgl. Schmidt Interdicte S. 252, Lenel Edict S. 361.

¹⁰⁾ Vgl. Gell. XX. 1 § 13 mit Auct. ad Her. II c. 13 § 19 und Gai. III. 224; Keller Civilprocess § 8 N. 127, ferner Lenel S. 20 N. 5, S. 21 N. 6, Pernice in d. Festgabe f. Beseler S. 65 N. 4.

besonders bezeugt. Möglich war solche Auswahl wahrscheinlich noch in vielen anderen — uns unbekannten — Fällen; doch wissen wir nicht, welche Grundsätze dabei zur Anwendung kamen, wie und von wem das Wahlrecht geübt ward. Zu bemerken ist nur, dass gegen das Ende der Republik die Recuperatoren längst nicht mehr dem Peregrinengericht allein angehören. Vielmehr concurrirten sie — vielleicht schon von dieser Zeit an — mit dem *unus iudex* in Rechtshändeln zwischen römischen Bürgern, die der Stadtpraetor instruirte. Mit der Verschiedenheit des Geschwornengerichts war dann auch eine Verschiedenheit des Verfahrens und der Wirkungen desselben gegeben. Im Ganzen mochte der Recuperatorenprocess den Parteien überwiegende Vorteile bieten; jedenfalls führte er rascher zum Ziele als das Judicium des Einzelrichters¹¹⁾.

Wie im Interdictenprocess dem Beklagten, so ist es bei der Actio de pecunia certa credita und de pecunia constituta zunächst dem Kläger gestattet, entweder ein Verfahren *cum poena* zu wählen, d. h. mit Strafsponsion auf ein Drittel bzw. auf die Hälfte der Klagsumme, oder *sine poena*. Ob die gleiche Befugniß in zweiter Linie nicht auch dem Beklagten zustand¹²⁾, soll unentschieden bleiben. Die Sponsion betrachtet man fast allgemein¹³⁾

¹¹⁾ Die wichtigsten Belege zählt Mommsen auf in der *Ephemeris epigr.* II p. 141 n. 1, dazu jetzt noch *Lex Urson.* c. 95; vgl. Hartmann-Ubbelohde *Ordo* I S. 257, 258.

¹²⁾ *Arg. l. 41 pr. D. de R. J.* (50, 17) aus *Ulp. ad edictum lib. XXVI* (Lenel S. 188); vgl. *Baron Conditionen* S. 183.

¹³⁾ So *Bruns* in der *Zeitschr. f. R. G.* Bd. I S. 58, *Ihering Scherz* S. 227, neuestens *Demelius Schiedsrid* und *Beweisrid* S. 72 N. 1; dagegen *Kappeyne a. a. O.* S. 209, 210.

nur als facultativ unter Berufung auf Gai. IV. 171, wo es heisst: *ex quibusdam causis sponsonem facere permittitur*. Es mag sein, dass diese Worte auch eine andere Deutung zulassen; dennoch wird es sich empfehlen, bei der nächstliegenden Auslegung stehen zu bleiben. Dafür spricht denn auch nebst anderen Gründen das Ergebniss der hier geführten Untersuchung: die Neigung der Römer, den Parteien hinsichtlich der Processform ein Wahlrecht zu geben von bald grösserer bald geringerer Tragweite.

Dieselben Klagen, welche zu einem Verfahren *cum poena* führen konnten, sind nebst der *condictio certae rei* auch insofern ausgezeichnet¹⁴⁾, als der Kläger befugt war, dem Gegner *in iure* einen Schiedseid mit Zwangswirkung zuzuschreiben und dadurch die Verweisung der Sache ins Judicium zu verhindern. Das *iusiurandum uoluntarium* ist an diesem Orte nicht zu erwähnen, weil es nicht notwendig vor dem Praetor vereinbart werden musste und darum keinesfalls als eine besondere gerichtliche Verfahrensart gelten kann.

Ehe wir schliesslich fragen, ob nicht geradezu Zeugnisse dafür vorliegen, dass das Recht der Lex Aebutia ein nachgiebiges war, ist noch kurz aufmerksam zu machen auf Dasjenige, was Gai. IV. 31 als das Endergebniss der drei Reformgesetze und als das Recht seiner Zeit hinstellt.

Nach der Julischen Gerichtsordnung, sagt unser Gewährsmann: *ex duabus tantum causis permissum est lege agere*. Durch den Satz, der diesen Worten unmittelbar

¹⁴⁾ Das Anwendungsgebiet des Eideszwanges war ein beschränktes. Das scheint mir Demelius a. a. O. S. 10–82 gezeigt zu haben; zu dem Obigen vgl. insbesondere S. 30, 31, 35, 44, 45. Singuläre Fälle zwingender Eidesdelation sind besprochen S. 58–64.

nachfolgt, ist der Sinn derselben ausser Zweifel gesetzt: Gaius will offenbar den facultativen Charakter der Legisactio betonen. Wäre dies nicht seine Absicht, so hätte er die Bemerkung nicht beifügen können, dass die Sacramentsklage in Centumviral-, d. h. insbesondere in Erbschaftssachen auch wirklich vorkomme, während allerdings die Legisactio wegen *damnum infectum* in der Praxis fast verdrängt sei durch ein praetorisches Rechtsmittel. Einen Ausweg dieser Art hatte der Civilerbe, der sich genötigt sah, zu klagen, in der Regel nicht. Nur wenn ihm die Wahl offen stand zwischen der Spruchformel mit darauf folgendem Centumviralprocess und dem Verfahren *per concepta uerba* zur Geltendmachung seines Civilanspruchs vor dem Judex, nur dann konnte die Frage überhaupt entstehen, ob denn die Sacramentsklage thatsächlich im Gebrauche sei.

So ist also das *permissum est* gewiss mit Vorbedacht niedergeschrieben und nur darum kein ganz zutreffender Ausdruck, weil die Legisactio auch in der Kaiserzeit nicht eigentlich facultativ, sondern bedingt obligat war, nämlich obligat: *si centumvirale iudicium futurum est*. Allein Gaius denkt eben an die Befugniss der Parteien, die Verweisung vor die Hundertmänner und damit auch die Sacramentsform zu vermeiden durch den Antrag auf Judexbestellung. Und in der That war auch ein Schwurgericht mit *unus iudex* statt der Centumvirn in allen Fällen ohne Ausnahme möglich. Wie Ulpian uns mittheilt (in l. 8 § 16 D. de inoff. 5, 2), konnte man selbst die Querel gegen das inofficiose Testament *ex causa* vor einen Privatrichter bringen, was freilich nicht häufig geschehen mochte.

Hiernach muss schon an diesem Orte Widerspruch er-

hoben werden gegen die Ansicht von Keller¹⁵⁾ und Andern, dass das Centumviralgericht „von Augustus mit einer festen und ausschliesslichen Competenz, insbesondere für Erbschaftssachen, ausgestattet und dadurch von der Concurrenz der *Judicia privata* befreit sei“. Einerseits fehlt es durchaus an Belegen für diese Behauptung, andererseits ist dieselbe unvereinbar mit dem Berichte des Gaius.

Nach dieser vorläufigen Feststellung des Postjulischen Rechtes ziehen wir nun abermals Cicero zu Rate, als den Hauptzeugen für das Processrecht auf Grund der Aebutia, um vor Allem zu ermitteln, ob in Centumviralsachen den Parteien schon vor der Lex Julia ein Wahlrecht zustand.

Competent war das Gerichtscollég der Hundert nach der Oratorstelle (S. 87 N. 1) in erbrechtlichen, Eigentums- und Servitutenprocessen¹⁶⁾. Ueber die Erbschaftsklage äussert sich Cicero in Verr. I c. 45 § 115 folgendermassen:

si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non extaret, lege ageret in hereditatem aut, pro praede litis vindictiarum cum satis accepisset, sponsionem

¹⁵⁾ Civilprocess § 6 S. 29, der übrigens seine Behauptung sofort (S. 30) wieder abschwächt. Genaneres über diese Frage folgt weiter unten (§ 15).

¹⁶⁾ Letzteres leugnet Puchta Institutionen Bd. I § 153 N. g mit Unrecht; s. Bethmann-Hollweg in der Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. V S. 369, 370, 378. Sehr wahrscheinlich ist den im Texte genannten Sachen noch die Vindication der Gewaltrechte beizufügen; vgl. Gai. I 134, Ulp. l. 1 § 2 D. de R. V. (6, 1) und oben § 9 N. 5. — Die Querela inofficiosi testamenti ist dem republikanischen Rechte noch unbekannt: Bekker Actionen Bd. I S. 278, 279. Wegen der Querel des praetorischen Erben vgl. G. Hartmann Ueber die querela inofficiosi testamenti S. 7 N. 3.

faceret et ita de hereditate certaret. hoc, opinor, iure et maiores nostri et nos semper usi sumus.

Die Processform der Eigentumsklage berührt der Ankläger des Verres im Vorbeigehen im zweiten Buche c. 12 § 31. Er entwirft da folgende absichtlich entstellte *formula petitoria*:

L. Octavius iudex esto. si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex iure Quiritium P. Seruili esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur . . .

Die alte Legisactionenform derselben Klage (*Fundum Sabinum ego ex iure Quiritium meum esse aio*) ist beschrieben und verspottet in der bekannten Stelle der o. pro Murena c. 12 § 26.

Auf die Servitutenklage endlich bezieht sich die Aeusserung im Orator c. 21 § 72:

Quam enim indecorum est, de stillicidiis cum apud unum iudicem dicas, amplissimis uerbis et locis uti communibus : . .

Einer Besprechung bedürfen blos die beiden ersten Stellen; zur letztangeführten bemerke ich nur, dass unter den *causae centumvires* (de orat. I c. 38 § 173) gerade auch *iura stillicidiorum* genannt sind.

Der Erbschaftsprozess ist nach Cicero, und zwar schon zur Zeit der *maiores*, in doppelter Form möglich: entweder *legis actio direct in hereditatem* oder *certatio de hereditate* auf einem Umwege mittels Sponsion. Darnach war, wie es scheint, um das Jahr 684 die petitorische Formel für die Erbschaftsklage im Album des Stadtpraetors noch nicht proponirt¹⁷⁾. Dagegen ist wohl die Sponsion, wenn

¹⁷⁾ S. Wetzell Vindicationsprocess S. 96, 97, Leist bei Glück Ser. d. Bücher 37 u. 38 Th. I S. 51, 52, 115, 122. — Quintus Mucius

auch nicht erfunden, so doch dazu benutzt worden, die *Legisactio*¹⁸⁾ zu vermeiden, eine Schriftformel zu erlangen und so die Sache vor den Einzelrichter zu bringen (Gaius IV. 93).

Einen ganz sicheren Schluss lassen freilich Ciceros Worte nicht zu. Die schriftliche Klagformel dürfte im Bürgerprocess jünger sein als die Sponsion bei der *actio in rem*¹⁹⁾. Die letztere ist — wie ich mit Stintzing²⁰⁾ vermute — zuerst aufgekomen als ein Mittel, dem höheren Sacramentssatz von 500 Assen zu entgehen. Demnach wäre ursprünglich auf Grund der Sponsion jedenfalls *lege agitur* worden, was denn auch zur Zeit des Gaius noch für den Fall vorgeschrieben ist, wenn die Centumviri das Urteil sprechen sollen.

Trotzdem scheint es sehr gewagt, in der Republik dem Gericht der Hundert ausschliessende Competenz in Erbschaftssachen zuzuschreiben, bloss darum, weil dasselbe bei Cicero häufig mit Processen dieser Art in Verbindung gebracht wird. Der für diese Frage in Betracht kommende Quellenkreis ist doch viel zu eng begrenzt, um

in l. 29 § 1 D. de statul. (40, 7) scheint einen Spruchformelprocess im Auge zu haben. Labeo, der die Entscheidung des Q. Mucius kritisirt, erwähnt einen *iudex* (*si iniuria iudicis uictus esset*). Vgl. noch Cic. de orat. I c. 38 § 175.

¹⁸⁾ Dieser mochte in Nachaebutischer Zeit regelmässig *iudicium centumvirale* nachfolgen, nicht notwendig; vgl. unten S. 121, 135, 136, 157.

¹⁹⁾ Kein Zeugniß für die Sponsion enthält Plautus Rud. III 4 v. 7—9; vgl. gegen Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. I S. 66 N. 26 Demelius in d. Münchener krit. Vierteljahrsschr. Bd. VIII S. 501.

²⁰⁾ Über das Verhältniss der *legis actio sacramento* zu dem Verfahren durch *sponsio* S. 69—72; Stintzing ist durch Bekker Actionen Bd. I S. 258 N. 10 nicht widerlegt.

Wlassak, Röm. Processgesetze.

8

aus dem Stillschweigen Folgerungen zu gestatten. Wenn es sich erweisen lässt, dass die Centumviri wie in Servituten- so auch in Eigentumsprocessen nur concurrirende Gerichtsbarkeit hatten; wenn derselbe Grundsatz wenigstens für die klassische Zeit — schon für den Beginn derselben: N. 17 — feststeht auch bezüglich der Erbschaftssachen; wenn endlich Tacitus im Dialog *de oratoribus* c. 38 erzählt, dass die *causae centumvirales*, die jetzt unter den Kaisern den ersten Rang behaupten, bei den berühmten Rednern der Ciceronischen Zeit in so geringem Ansehen standen, dass keiner sich herbeiliess, vor dem *hastae iudicium* zu plaidiren ²¹⁾, obwohl doch Erbschaftssachen in der Regel zu den bedeutendsten gehören, so dürfte dies Alles zusammengenommen erheblich ins Gewicht fallen gegen die Annahme einer ausschliessenden Competenz der Hundertmänner in irgend welcher Streitsache ²²⁾.

²¹⁾ Man darf nicht einwenden, dass die *alia iudicia* des Tacitus, welche „durch ihren Glanz das Centumviralgericht in Schatten stellten“, offenbar die *quaestiones publicae* sind. Denn selbst Cicero hat ja nicht blos vor diesen und vor dem Volke, sondern auch in Civilprocessen Reden gehalten, jedoch, wie eben Tacitus versichert, nicht vor den Hundertmännern, mithin nur vor Privatrichtern. Ein sicheres Argument ist allerdings aus der Dialogstelle nicht zu gewinnen.

²²⁾ Formularprocess auf Grund der Sponsio nimmt Keller Civilprocess § 27 N. 311 an unter Berufung auf mehrere Ciceronische Stellen; ebenso Voigt Jus naturale Bd. III S. 820 und Bethmann-Hollweg in der Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. V S. 382 N. 44, Civilprocess Bd. II S. 234, 235, der wie Keller § 6 N. 91 aus Cicero l. c. ein Wahlrecht der Parteien zwischen *unus iudex* und den Centumviri ableitet. Vgl. noch Huschke Servius Tullius S. 590, auch Cic. pro Cluentio c. 43 § 120: *neminem uoluerunt maiores nostri... ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter aduersarios conuenisset*; dazu Bethmann-Hollweg in der cit. Zeitschr. S. 379 N. 40. Dagegen behauptet Dernburg Hereditatis petitio S. 5 u. in d. Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. I S. 264—268, „dass Erbschaftsprozesse zu Ciceros Zeit, so viel wir wissen, stets durch Centumviri entschieden wurden“.

Um schliesslich über die Formen der Eigentums-
klage vor der Lex Julia ins Klare zu kommen, muss noch
genauer erwogen werden, welche Bedeutung²³⁾ man der
oben mitgetheilten *formula petitoria* zuschreiben darf.

Eines kann als sicher gelten: Cicero hat die Formel
nicht frei erfunden, sondern dem Gerichtsgebrauch seiner
Zeit entlehnt, vielleicht aber — von den Namen ganz ab-
gesehen — kleine Veränderungen vorgenommen. In so
weit wird man allgemein einverstanden sein; nur genügt das
für unseren Zweck noch keineswegs. Wir müssen vielmehr
zu ermitteln suchen, ob das Musterschema, welches dem
Redner vorschwebt, im Sicilischen oder in einem Römischen
Album, und weiter, ob es auf der Gerichtstafel des Pere-
grinen- oder des Stadtpraetors verzeichnet war. Uebrigens
konnte es denkbarer Weise schon lange im Gebrauche
sein, — was freilich nicht leicht anzunehmen ist — ehe
es öffentlich proponirt war. Unter dieser Voraussetzung
hätten wir allgemeiner zu fragen, welches der drei ge-
nannten Gerichte sich der erwähnten Formel bedienen
mochte. Nur in dem einen Fall, wenn der Praetor ur-
banus²⁴⁾ sich als Concipient der Ciceronischen *formula*

Vgl. ferner Stintzing a. a. O. S. 50—54, Bekker Actionen Bd. I S. 212.
Abseits stehen Karlowa Legisactionen S. 51, 52, Puntchart Civilrecht
S. 389.

²³⁾ Die neuerlich in Frage gestellt ist von Puntchart Civilrecht
S. 348—350, Rede S. 57, Eisele Cognitur S. 33 N. 22; vgl. ferner
Lenel Beiträge zur Kunde des praet. Edicts S. 91, auch Ihering Scherz
S. 318, 319.

²⁴⁾ Der Peregrine war der *Legisactio* nicht fähig; vgl. einstweilen
Puchta Institutionen Bd. I § 83 (S. 205), § 163 N. a (S. 481); da-
gegen Mommsen Stadtrechte S. 435 N. 129 und im C. I. L. t. I zu
nr. 198 (L. Acil. v. 23) p. 66, jetzt auch Pernice Zeitschr. f. R. G.
R. A. Bd. XX S. 154 (2. Heft).

petitoria erwiese, läge wirklich Concurrenz zweier — bei Zuzählung der Sponson gar dreier — Processarten vor: der *Legis actio*, wie sie pro Mur. c. 12 beschrieben ist, und des Formularverfahrens.

Im Sicilischen Album könnte man das gesuchte Muster vermuten, weil Cicero im zweiten Buche der *actio secunda* von der *iurisdictio Siciliensis* des Angeklagten handelt, und weil dem Satze, der das Klagschema enthält, der Ausruf folgt: *eius modi totum ius praetorium, (eius modi) omnis res iudiciaria fuit in Sicilia per triennium Verre praetore*. Allein diese Worte sind gewiss nicht lediglich auf das unmittelbar Vorhergehende zu beziehen²⁵⁾ und wollen auch nur besagen: nach dieser Methode war die Verrinische Rechtsprechung in Sicilien eingerichtet. Im Uebrigen sprechen völlig entscheidende Gründe gegen die Herleitung des Formulars aus dem provinziellen Album, vor Allem der ganze Zusammenhang des cap. 12 (§ 30, 31), in dem sich der Gedankengang des Redners leicht und sicher verfolgen lässt.

Cicero beginnt damit, die Machtvollkommenheit der Provinzialpraetoren ins Licht zu stellen, die im Bunde sind mit gewissenlosen Richtern:

Dubium nemini est, quin omnes omnium pecuniae positae sint in eorum potestate, qui iudicia dant, et

²⁵⁾ Nach C. F. W. Müller (in der Teubner'schen Ciceroausgabe) ist der oben mitgeteilte Satz mit *Verre praetore* nicht zu Ende; nach einem Komma schliessen sich noch die Worte an: *eius modi decreta: si non . . .*, während frühere Herausgeber nach *praetore* einen Punkt setzen und den folgenden Satz so beginnen lassen: *Decreta eiusmodi*. Die neue auf handschriftlicher Grundlage (Adnot. crit. p. XL, XLIV) ruhende Lesart, welche Punschart S. 349 noch unbekannt war, bestätigt deutlich die im Texte vertretene Auslegung.

eorum, qui iudicant, quin nemo uestrum possit aedes suas, nemo fundum, nemo bona patria obtinere, si, cum haec a quopiam uestrum petita sint, praetor improbus, cui nemo intercedere possit, det, quem uelit, iudicem, iudex nequam et levis, quod praetor iusserit, iudicet.

Darauf geht er einen Schritt weiter: die Gefahr sei vorhanden nicht blos, wo dem Praetor kein Intercessionsberechtigter gegenübersteht und keine Geschworenenliste ihn bindet, d. h. in der Provinz, sondern auch in Rom, wo ein *praetor improbus* doch Alles in der Hand habe, selbst ohne Bundesgenossenschaft eines käuflichen Richters:

Si uero illud quoque accedet — damit ist der Gegensatz zu dem Früheren deutlich betont — *ut praetor in ea uerba iudicium det, ut uel L. Octavius Balbus iudex, homo et iuris et officii peritissimus, non possit aliter iudicare, si iudicium sit eiusmodi . . .*

Nun der Wortlaut des *Judicium*s; endlich die Schlussfolgerung in Frageform: *non necesse erit L. Octauio iudici cogere P. Seruilius Q. Catulo fundum restituere aut condemnare cum, quem non oporteat?*

Der von mir zur Erläuterung eingeschobene *Zwischensatz* lässt sich — wie sofort gezeigt werden soll — vollständig rechtfertigen aus der Beschaffenheit des in dem Klagformular unterstellten Thatbestandes. Weiter enthält dieser Satz auch eine an sich richtige Behauptung, in der nur ein Punkt in übertriebener Weise betont ist: die Gleichstellung des von der Intercession bedrohten und des von ihr befreiten Beamten. Der Praetor in Rom war gewiss nicht so leicht in der Lage Unheil anzurichten wie der Praetor in der Provinz, da in der Hauptstadt gegen eine

offenbar unbillige Formel doch gewöhnlich mit Erfolg appellirt werden konnte an die *par maiorue potestas*. Dies mag zur Vermeidung von Missverständnissen ausdrücklich gesagt sein.

Was nun Ciceros Klagformel betrifft, so ist dieselbe ohne Zweifel entworfen für einen in Rom abzuführenden Process. Als Streitobject erscheint ein vor den Thoren der Stadt gelegenes Grundstück, als Richter und Parteien sind lauter römische Bürger genannt, u. z. in Rom anwesende Bürger, welche dem Geschworenencolleg angehörten, das über Verres urteilen sollte²⁶⁾. Darnach konnte gegebenen Falls das in Rede stehende Iudicium von keinem anderen Magistrat ausgefertigt werden als vom Praetor urbanus. Ob freilich Cicero gerade ein Muster im Album dieses Beamten im Auge hat, das bleibt immer noch eine offene Frage. Bisher ist nur erwiesen, dass keinerlei Grund vorliegt, die Formel der sicilischen Praxis des Verres entlehnt zu denken. Vielmehr ist das Gegenteil mindestens wahrscheinlich gemacht, die Annahme also eines dem Redner vorschwebenden stadtrömischen Musters.

Ein neues und entscheidendes Argument für diese Ansicht scheint in den Formelworten: *ex iure Quiritium* zu liegen. Und in der That hätten diese Worte, die ich auf das nationalrömische, nur Bürgern zugängliche Volksrecht²⁷⁾

²⁶⁾ Vgl. Cic. in Verr. III c. 90 § 210, IV c. 31 § 69, c. 38 § 82, Pseudo-Asconius zu Cic. in Verr. II § 31 (Orelli p. 211, 212).

²⁷⁾ Das ist auch Rudorffs (Edictum § 61 N. 8) und Iherings Meinung (Scherz S. 318, 319); wogegen Lenel Edict S. 145 N. 10 wegen l. 23 pr. D. de R. V. (6, 1) das *ius Quiritium* gleichsetzt dem *ius civile*, d. h. überhaupt dem Volksrecht im Gegensatz zum Amtsrecht. Allein dawider spricht schon der Name; das „Recht der Qui-

beziehe, durchaus die Kraft, jeden Zweifel niederzuschlagen, auch die Herleitung der Klage aus dem Album des Fremdenpraetors auszuschliessen, wenn nicht der Einwand zu fürchten wäre, Cicero habe, wie er unwidersprechlich die Blankettnamen durch andere ersetzte, so vielleicht auch dem: *fundum Aⁱ Aⁱ* oder *L. Seii esse* ein in der Vorlage

ritten* ist doch wohl nur das den römischen Bürgern eigentümliche *ius civile*. Einen Beweis dafür hätten wir in l. 1 § 2 D. de R. V. (6, 1) von Pomp. Ulp., wenn das Fragment nicht interpolirt wäre. Statt des verpönten *ex iure Quiritium* setzen die Compileren *ex lege Quiritium*. Offenbar Dasselbe soll vorher das *ex iure Romano* bedeuten. Möglich, dass auch hier ursprünglich *Quiritium* stand. Jedenfalls hätte dann der interpolirende Jurist sich vom Kaiser einen Preis für die Lösung des *aenigma* (l. un. C. de nudo 7, 25) erbitten können. Weiter ist es von Bedeutung, dass der Ausdruck *ius Quiritium* häufig auch im subjectiven Sinne vorkommt zur Bezeichnung der *ciuitas Romana*, so z. B. bei Gai. I. 32; 33, 34, 35, 66, III. 72, 73, Ulp. III. 1—5, XVII. 1, Paul. IV. 9, 8; vgl. dazu Cic. pro Caec. c. 33 § 96. Kein Argument gegen die hier vertretene Ansicht enthält die citirte l. 23 D. R. V. von Paulus. Lenel, der sich auf diese Stelle beruft, macht sich einer *petitio principii* schuldig; er setzt voraus, dass jede *formula petitoria* (Edict § 69) das *ex iure Quiritium* enthielt, was erst zu zeigen wäre. Andererseits darf meines Erachtens Lenel nicht getadelt werden wegen der fraglichen Worte in das Klagschema des Hadrianischen Albums. Man beachte ausser der Ciceronischen Formel besonders Gai. IV. 34, 36, 41, 45, 86. Da das Formelalbum keine vollständige Codification darstellt, sondern nur eine Sammlung von Beispielen, so war vielleicht das Schema mit dem Zusatz *ex iure Quiritium* sogar das einzige, das Julian aufnahm; unter Umständen mussten dann die drei Worte im Einzelfall gestrichen werden; vgl. Wlassak Edict § 9. — Ihering (Dogmat. Jahrbücher Bd. XXIII S. 204 N. 23) will übrigens für die älteste Zeit eine andere, und zwar engere Bedeutung des *ius Quiritium* annehmen als die oben angegebene. Wie es scheint, war schon Ciceros Verständniss unserer Phrase recht mangelhaft. In der Murenarede c. 12 § 26 möchte er sich am liebsten mit einem *fundum Sabinum meum esse aio* begnügen. Auch Gaius hat es wohl nicht sehr genau genommen mit dem Quiritenrecht (vgl. IV. 34). Ueber dasselbe jüngst Voigt in den Leipziger Abh. Bd. X (phil.-hist. Cl.) S. 239—244 und jetzt auch Mommsen Staatsrecht Bd. III¹ S. 5—7.

fehlendes *ex iure Quiritium* hinzugefügt. Dieses Kunststück könnte man dem römischen Redner um so eher zu-
trauen, als es selbst uns Modernen — zuweilen am un-
rechten Ort — ohne Mühe gelungen ist. Und wenn bei
diesem Einwand noch vorausgesetzt wird, dass zu Ciceros
Zeit eine lediglich auf *Ai Ai esse* lautende Eigentums-
klage — in einem provinziellen oder im Album des Pere-
grinenpraetors — vorhanden war, so möchte ich auch dieser
Behauptung keineswegs entgegentreten. Da die Peregrinen ihr
Eigentum nicht mit *Legisactio* verfolgen konnten, dürfte
die *formula petitoria* im Gerichte des Fremdenpraetors
wirklich früher im Gebrauch gewesen sein als für Pro-
cesse zwischen Bürgern. Auf die Worte *ex iure Quiritium*
ist daher einstweilen noch kein zuverlässiger Schluss zu
bauen.

Dagegen scheint mir die folgende Erwägung allerdings
durchschlagend. Ciceros Absicht ist es offenbar, den Ge-
schworenen der *Quaestio* einen heilsamen Schrecken ein-
zujagen vor der Macht der Praetoren. Das Mittel, das er
zu diesem Zwecke in Anwendung bringt, ist durchsichtig
genug. Er fasst die Richter des Verres an einer empfind-
lichen Stelle, indem er den Stadtpraetor, den Gerichtsherrn
dieser Bürger, mit dem aufgestellten *Iudicium* einen Griff
in deren eigne Tasche thun lässt. Nun möchte ich fragen,
ob der Redner nicht ohne Not seiner Ausführung selbst die
Spitze abgebrochen hätte durch die Wahl einer Klagformel,
die in der Praxis des Stadtpraetors bisher nie vorgekom-
men war? Musste er nicht besorgen, dass die rechtskun-
digen Leute auf der Geschworenenbank ungläubig die
Köpfe schütteln, wenn er ihnen bange machen wollte durch
Vorführung eines in jeder Beziehung unerhörten Falles?

Schon die zu Gunsten des Catulus lautende Arbitrarelauseil mochte ihnen recht unwahrscheinlich klingen; eine Häufung aber des Unwahrscheinlichen, die ja leicht zu vermeiden war durch Heranziehung eines anderen Beispiels, wäre schülerhafte Ungeschicklichkeit gewesen, die einem so gewandten Redner unmöglich zuzumuten ist.

So wenig man also dem Gesagten nach an eine völlig freie Erfindung des Iudiciums denken darf, so wenig kann dasselbe aus dem Album eines Statthalters oder des Fremdenpraetors herkommen. Es kann dorthier nicht genommen sein, weil es auch in diesem Falle die beabsichtigte Wirkung notwendig verfehlen musste. Ja Cicero hätte sogar seine Sache geradezu verdächtigt durch die eigenmächtige Beifügung des *ex iure Quiritium*, durch eine Fälschung also, deren Annahme unter der gedachten Voraussetzung ganz unausweichlich wäre. So bleibt nichts Anderes übrig, als die eben erwähnten Worte doch für echt zu erklären. Ist aber die Formel für den fingierten Process nicht erst zurecht gemacht, dann muss sie schlechterdings dem Album oder wenigstens der Praxis des Stadtpraetors zugewiesen werden.

Damit ist denn auch gezeigt, dass gegen das Ende der Republik²⁸⁾ den Parteien in Eigentumsstreitigkeiten die Wahl offen stand zwischen der *Legis actio*, welche den Process — wohl nicht immer, doch möglicher Weise — vor die *Centumviri* leitete, und der Schriftformel, welche die Sache notwendig vor den *iudex privatus* brachte.

²⁸⁾ Die *formula petitoria* — nicht ersichtlich, ob des quiritischen Eigentümers — behandelt Alfenus in l. 57 D. de R. V. (6, 1); s. auch Voigt Jus naturale Bd. III S. 1006.

In welcher Weise in diesem und in den meisten früher angeführten Fällen die Processform für den einzelnen Rechtsstreit festgestellt wurde: ob die Wahl vorzüglich dem Kläger zustand, inwiefern Einverständniß der Parteien und die Einwilligung des Magistrats nötig war, darüber lässt sich, so viel ich sehe, nichts Sicheres erkunden. In den Pandekten hat zwar ein Fragment²⁹⁾ aus Pomponius lib. XVI ad Sabinum Platz gefunden, in dem mutmasslich unsere Frage berührt war; dasselbe ist aber — dem Anschein nach durch die Compileren — so übel zugerichtet, dass es für uns kaum einen Gewinn abzuwerfen vermag.

L. 27 D. de reg. iur. 50, 17:

Nec ex praetorio nec ex sollemni iure priuatorum conuentione quicquam immutandum est, quamuis obligationum causae pactione possint immutari et ipso iure et per pacti conuenti exceptionem: quia actionum modus uel lege uel per praetorem introductus priuatorum pactionibus non infirmatur, nisi tunc, cum inchoatur actio inter eos conuenit.

Die Byzantinische Bearbeitung verrät sich hauptsächlich durch die Wendung: *cum inchoatur actio*, die doch kaum von Pomponius herrührt. Auch das *ius sollemne* ist höchst auffallend; stand freilich in der Urschrift *iure civili*, dann wäre der Grund der Abänderung nicht aufzufinden.

Wahrscheinlich gehörte die Stelle — wie die Inscription erkennen lässt — ursprünglich einer Erörterung über

²⁹⁾ Dazu Cuiacius Opera t. VIII c. 639, 819 (Mutinae 1780), Jac. Gothofredus im Commentar zum Pandektentitel de reg. iuris ad h. l. (p. 158—165 — Genevae 1653), O. Bülow im Archiv f. civ. Praxis Bd. 64 S. 69, 70.

die *actio rei uxoriae* und die *pacta dotalia*³⁰⁾ an. Dabei mochte der Jurist gelegentlich auch von der Einwirkung der *pacta* auf die Processform handeln. Dass von der letzteren bei Pomponius wirklich die Rede war, das scheint der Ausdruck *actionum modus* zu ergeben, der an die *quinque modi quibus agebatur* bei Gaius IV. 12 erinnert. Die gewöhnliche, besonders von Jac. Gothofredus nach Cuiaz vertretene Auslegung, wornach *actionum modus* gleichbedeutend wäre mit *obligationum causae*, ist schwerlich haltbar, wenn sie auch den Gedanken der Compileratoren treffen mag, welche vermutlich im Original vor dem Satze, der mit *quia* beginnt, eine Bemerkung des Pomponius gestrichen und dadurch die Stelle kläglich verstümmelten.

Ausser der l. 27 D. cit. könnte man noch einige Aeusserungen über die Auswahl der Klage und über die Prorogatio fori heranziehen, um dieselben in der vorliegenden Frage zu Analogieschlüssen zu benutzen. Indess lohnt es kaum der Mühe, so durchaus unsicheren Ergebnissen zuzusteuern. Nur Cic. pro Caec. c. 3 § 8 und Ulp. l. 2 § 1 D. de iudic. (5, 1) dürfen nicht mit Stillschweigen übergangen werden, weil es gilt, unzulässigen Folgerungen aus diesen Stellen vorzubeugen.

Wenn Cicero l. c. ausführt, es sei nicht Sache des Iudex, die vom Kläger vorgenommene Wahl der Actio zu bekritteln, da ja selbst der Praetor, *is qui iudicia dat, numquam petitori praestituit, qua actione illum uti velit*, so liegt die Annahme allerdings nahe, dass auch die Bestimmung des *modus agendi* ganz und gar den Parteien an-

³⁰⁾ Vgl. etwa l. 18 D. sol. matr. (24, 3) mit l. 14 § 1 D. eod. (Pomp. ad Sab. lib. XVI statt XV?), auch l. 6 pr. D. de pact. dot. (23, 4), l. 5 D. eod. (Paul.).

heimfiel. Allein Ciceros Ausspruch ist doch Nichts weiter als eine Feststellung Dessen, was gewöhnlich *in iure* geschah. Wer auf das „Niemals“³¹⁾ des Redners allzu grossen Nachdruck legt, beachtet nicht die Denegationsbefugniß des Praetors, die gewiss auch dem Zweck diene, den Kläger zum Verzicht auf das ursprünglich geltend gemachte und zum Gebrauch eines anderen Rechtsmittels zu veranlassen³²⁾.

Im gleichen Sinne ist nun m. E. auch bezüglich der Processform ein Denegationsrecht des Magistrats unbedenklich anzunehmen. Die Frage nach der *actio* mochte sogar weit eher dem Belieben der Parteien überlassen bleiben als die Wahl des *modus agendi*, da sicherlich die letztere den Gerichtsvorstand, den Vertreter des Gemeinwesens, noch näher anging als die erstere. Wo also der Kläger seinen Anspruch mittels *Legisactio* oder mit Schriftformel verfolgen, vor die Centumviri oder vor den Iudex bringen konnte, da durfte — wie ich glaube — der Magistrat eingreifen und die Parteien beispielsweise zum Verfahren *per concepta uerba* nötigen durch Verweigerung der *Legisactio*³³⁾.

In der zweiten oben genannten Stelle fragt Ulpian, ob zur Begründung eines Gerichtsstandes der Consens der

³¹⁾ Zu bemerken ist noch, dass die o. pro Caecina in die Zeit vor Erlassung der L. Cornelia de edictis vom J. 687 d. St. fällt; vgl. Onomasticon Tullianum I p. 37 n. 4, Teuffel Geschichte der röm. Litteratur S. 314 (3. A.).

³²⁾ Vgl. Ihering Geist III¹ § 52 (S. 82—90).

³³⁾ Die bestrittene Frage, ob der Magistrat seine Mitwirkung zur *Legisactio* versagen konnte, ist schon für das Processrecht des 7. Jahrhunderts zweifellos zu bejahen; vgl. einstweilen die bei Huschke Multa S. 496 N. 400 aufgeführten Zeugnisse. Neuestens dagegen Brinz in der Festgabe f. Planck S. 167.

Parteien genüge, oder ob noch die Zustimmung des gesetzlich incompetenten Praetors hinzukommen müsse. Die *lex Julia iudiciorum* — so führt er aus — enthalte den Satz: *'quo minus inter priuatos conueniat': sufficit ergo priuatorum consensus. proinde si priuati consentiunt, praetor autem ignoret consentire et putet suam iurisdictionem, an legi satisfactum sit, uidendum est: et puto posse defendi eius esse iurisdictionem.*

Die zaghafte Art, wie der Jurist die zweite Entscheidung vorbringt, hebe ich besonders hervor, weil dadurch die herrschende³⁴⁾ Auslegung des mitgeteilten Fragments kräftig unterstützt wird: Ulpian erklärt die Einwilligung des unzuständigen Magistrats für überflüssig; allein er will demselben keineswegs die Befugniß absprechen, die vor ihn gebrachte Sache zurückzuweisen. Darnach ist das Prorogationsrecht der Parteien nach der Lex Julia kein völlig freies; eben so wenig wie dem Anschein nach die Wahlbefugniß bezüglich der Processform. Auch gegen die Ausübung der letzteren muss der Magistrat mindestens ein Recht des Widerspruchs gehabt haben.

Ziehen wir die Summe aus der zuletzt geführten Untersuchung, so hat sich als zweifellos ergeben der facultative Charakter des Aebutischen Processrechts in denjenigen Fällen, wo den Centumvirn concurrirende Gerichtsbarkeit zustand. Dass diese letztere schon begründet war, als die gesetzliche Einführung der Schriftformel erfolgte, kann manfüglich nicht bestreiten. Zwar ist die Meinung entschieden verwerflich, welche die Einrichtung des Gerichtes der

³⁴⁾ Vgl. Wetzell System des Civilprocesses S. 492 N. 37 (3. A.), Bülow im Archiv für civ. Praxis Bd. 62 S. 45 N. 43, Wach Handbuch Bd. 1 S. 500 N. 25.

Hundert vor das Jahr 513 d. St. setzt³⁵⁾; andererseits aber muss die Lex Aebutia gewiss einer noch späteren Zeit — ich möchte glauben: dem Ende des sechsten oder dem Beginn des folgenden Jahrhunderts — zugewiesen werden.

Wer das zeitliche Verhältniss umkehren wollte, hätte vor Allem Mühe, sich mit Gell. XVI. 10, 8 (auch Gaius IV. 30, 31) abzufinden. Noch ernster aber scheint folgende Schwierigkeit. Ist das legale Schriftformelverfahren älter als der genannte Gerichtshof, dann wäre das erstere durch die Begründung des letzteren nachträglich wieder auf einen engeren Kreis von Rechtssachen beschränkt worden — was doch gegen alle Wahrscheinlichkeit verstösst. Wer mir dann entgegen wollte: seiner Ansicht nach sei vielmehr für die später centumviralen Sachen die Processform durch das Aebutische Gesetz überhaupt in keiner Weise geändert, dem müsste ich antworten mit der Frage, woher denn unter dieser Voraussetzung das für die Vorjulische Zeit sicher beglaubigte Wahlrecht zwischen Legisactio und Schriftformel stammen soll, wenn nicht aus der Lex Aebutia? Endlich bliebe noch eine Möglichkeit: zwei Processformen zur Auswahl auf Grund des ersten Reformgesetzes und zwar schon in der Zeit vor Errichtung des Iudicium centumvirale. Damit aber wäre in der That Mehr zugestanden, als ich selbst zu behaupten wage.

Sehe ich recht, so war der Entwicklungsgang im Grossen und Ganzen folgender: Ursprünglich Alleinherr-

³⁵⁾ Das Richtige hat schon Huschke Die Verfassung des Servius Tullius S. 605 N. 38 erkannt auf Grund von Festus s. v. *Centumviralia*. Ebenso Keller Civilprocess § 6 zu N. 102, neuestens Mommsen Röm. Forschungen Bd. I S. 361 N. 9, Staatsrecht Bd. I S. 262 N. 4, II¹ S. 220 N. 1, Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 299—301. Anderer Ansicht sind die unten S. 137 N. 10 Genannten.

schaft der *Legisactio* und des *unus iudex* im Verfahren zwischen Bürgern. Daneben wenige Ausnahmen von dieser Regel und von geringerer Bedeutung. Im Laufe des sechsten Jahrhunderts wird das Richtercolleg der Hundert begründet und von vornherein überall nur mit concurrirender Gerichtsbarkeit ausgestattet. Es folgt dann die Annahme der Aebutischen Rogation. Durch diese wird erwiesener Massen in centumviralen Sachen die Notwendigkeit der *Legisactio* beseitigt, sofern die Parteien die Entscheidung eines *Iudex* anrufen wollen.

Nun geht aber meine oben S. 104 vorgetragene Hypothese noch etwas weiter. Ihr zufolge soll das Aebutische Processrecht durchaus facultativ gewesen sein, mithin auch da, wo überhaupt nur eine Richtergattung, nur das Gericht des *iudex unus* in Frage stand. Vielleicht klingt diese Behauptung jetzt schon minder befremdend als früher, da inzwischen eine Betrachtung des älteren wie des neueren Processrechtes gezeigt hat, wie geläufig den Römern der Gedanke war, den Parteien ein beschränktes Verfügungsrecht bezüglich der Processform zu gewähren, und seitdem insbesondere eine Concurrenz der Processformen in gewissen Fällen nachgewiesen ist sowohl nach dem Rechte der Julischen wie der Aebutischen Gerichtsordnung.

Mit dieser Erwägung sind indess die Gründe, welche meine Ansicht unterstützen, keineswegs erschöpft. Auch die auf S. 85—103 gesammelten und besprochenen Zeugnisse für den Rechtszustand der Ciceronischen Zeit fügen sich einerseits aufs Beste dem behaupteten Wahlprincip, andererseits dürften sie ohne Zwang mit keiner anderen Auffassung vereinbar sein.

Im Wesentlichen sind es überhaupt nur zwei Ver-

mutungen über den Inhalt der Aebutia, die sich darbieten, wenn das Nebeneinander von Legisactio und Schriftformel ins Auge gefasst wird. Nach der einen hätte das Reformgesetz die Spruchformeln für gewisse Klagen beseitigt, für die übrigen beibehalten; für diese letzteren Actionen wären entweder alle oder nur einige der alten Verfahrensarten in Geltung verblieben. Die andere Erklärung ist die hier verteidigte: Concurrenz der beiden Processformen bei sämtlichen Civilklagen und fortdauernde Anwendbarkeit aller *modi agendi*.

Nach meinem Dafürhalten spricht Alles gegen die erste, sehr Viel zu Gunsten der zweiten Annahme. Um zunächst Dasjenige übersichtlich vorzuführen, was wir früher gefunden haben bei dem Versuche, das Processrecht im letzten Jahrhundert der Republik zu ermitteln, sei nur Folgendes bemerkt.

Von den fünf verschiedenen *modi* standen damals sicher noch in Geltung die Sacramentsform und die *manus iniectio*, sehr wahrscheinlich auch die *iudicis postulatio*. Von zweifelhaftem Werte sind die oben (S. 90, 91) angeführten Belege für die Anwendbarkeit der *l. a. per pignoris capionem*. Gar kein Zeugniß besitzen wir meines Wissens für die *l. a. per conductionem*. Neben der *manus iniectio* kommt schon im Vorjulischen Process die civile Schriftformel der *actio iudicati* vor.

Weiter finden wir zu Ciceros Zeit Spruchformeln im Gebrauch ausser in Centumviral- und Decemviralsachen für die *Actio familiae erciscundae*, *furti nec manifesti* und *rationibus distrahendis*. Diesen zuverlässig beglaubigten Spruchklagen mag etwa die *Actio de pauperie* beigelegt werden, wenngleich l. 1 § 11 D. si quadr. (9, 1) keinen ganz untrüglichen Beleg abgibt.

Schlüsse aus dem hier zusammengestellten Material sind offenbar erst gestattet nach Erledigung der Vorfrage, ob unsere Aufzählung annähernd vollständig ist. Denn nur unter dieser Voraussetzung wäre durch dieselbe das Anwendungsgebiet der alten Processform mehr oder minder genau vorgezeichnet. Wenn nun erwogen wird, dass keine einzige der oben benützten Stellen zu dem Zwecke geschrieben ist, um Auskunft zu erteilen über die Geltung des Legisactionenverfahrens, und dass es ferner lauter gelegentliche Bemerkungen sind, auf denen unsere Kenntniss des Vorjulischen Rechtszustandes beruht, dann kann die Verneinung jener Vorfrage kaum mehr einem Bedenken unterliegen.

Hiernach darf insbesondere aus dem Mangel jeglicher Nachricht über die Legisactio *per conductionem* keineswegs auf die völlige Abschaffung gerade dieser einen Processform durch die Lex Aebutia geschlossen werden. Für die entgegengesetzte, sehr verbreitete Ansicht, der unter Anderen Puchta³⁶⁾ huldigt, lässt sich nichts Erhebliches vorbringen; andererseits aber erscheint dieselbe schon darum unannehmbar, weil das Reformbedürfniss nicht leicht bei dem jüngsten *modus agendi* zu allererst hervortreten konnte³⁷⁾. So sind wir also bestenfalls befugt, auf Grund von Ciceros Schriften den sehr häufig erwähnten Sacramentsprocess als die Hauptform und als den am meisten gebrauchten Modus zu betrachten, zumal diese Annahme vorzüglich zu dem Berichte des Gaius über den Inhalt der Lex Julia stimmt.

³⁶⁾ Institutionen Bd. I § 80 (S. 193), § 163 (S. 481), Voigt Jus naturale Bd. III S. 814, 815, IV² S. 452 N. 18, Kuntze Excursus S. 250; vgl. auch Rudorff Rechtsgeschichte Bd. II S. 91.

³⁷⁾ So mit Recht Bekker in der Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. I S. 257 gegen Römer.

Wlassak, Röm. Processgesetze.

So wenig es aber angeht, auf das Stillschweigen der Quellen über die alte *Condictio* irgend Gewicht zu legen, so verkehrt wäre es auch, die drei oder mehr Klagen, welche neben den *Centumvirsalsachen* als *legis actiones* bekannt sind, als die wichtigsten, um nicht zu sagen als die einzigen anzusehen, die nach Durchführung des Spruchformelverfahrens zu einem *Judicium* des Einzelrichters führten. Desgleichen wäre es sicher vergebliche Mühe, nach dem Grundsatz der Gerichtsordnung zu forschen, welcher auf die Feststellung der einen oder anderen Processform für gewisse Klagengattungen einwirkte. So ist namentlich kein Anlass vorhanden, an eine verschiedene gesetzliche Behandlung der *Contracts-* und der *Delictsklagen* zu denken³⁸⁾. Nur eine Gruppe, die der *actiones civiles in rem*, war insofern processualisch ausgezeichnet, als durch sie wahrscheinlich zugleich der Kreis der *causae centumvirales* und *decemvirales* gegeben war.

Wollte man endlich den Versuch machen, alle Nachaebutischen *Legisactionen*, von denen wir wissen und die sonst im Gebrauch sein mochten, auf Sachen zu beziehen, die vor ein ständiges Gericht gehörten, um auf diesem Weg ein Princip zu gewinnen für die Bestimmung der anzuwendenden Processform, so müsste eine weitreichende Competenz der Zehn- und Hundertmänner angenommen werden, die ebenso unbewiesen wie unglaublich erscheint. Mit dieser ablehnenden Aeussderung ist Stellung genommen in einer schwierigen Controverse, die passend schon an diesem Orte erörtert wird, obgleich das Ergebniss der folgenden Untersuchung nicht bloß beiträgt zur Lösung der hier gerade

³⁸⁾ Vgl. Huschke *Multa* S. 496.

vorliegenden Frage, sondern ebenso wichtig ist für die Erkenntniss des *Judicium legitimum*.

§ 11. Der *index unus* und die ständigen Geschwornen-collegien. — Die Wahl des Gerichtes und die Wahl der Processform.

Ueber das geschichtliche Verhältniss der altrömischen Richtergattungen zu einander findet man in Kellers Civilprocess kurze aber bestimmte Aeusserungen: der ganzen Darstellung liegt die Ansicht zu Grunde, dass die ständigen Gerichte das ältere, die *iudices priuati* das jüngere Institut seien.

Von den Gerichten der ersteren Art ist das der Centumvirn weit besser bekannt als das decemvirale, weil dieses schon unter Augustus als besonderes *Judicium* verschwindet. Zieht man die erhaltenen Nachrichten, die das letztere betreffen zu Rate, so können die Zehnmänner nur bezeichnet werden als Richter der Freiheit, während Keller¹⁾ die Vermutung ausspricht, dass denselben ursprünglich „das Richteramt zustand in allen regulären Privatsachen“. Wahrscheinlich gemacht ist diese Hypothese in keiner Weise; da sie in der That völlig in der Luft steht, darf ihr einstweilen auch begegnet werden mit einfachem Widerspruch.

Um Nichts besser begründet ist die weitere Behauptung, wornach der decemvirale Geschäftskreis zuerst eine Beschränkung erfahren habe durch Abgabe gewisser Sachen an die Centumvirn, während dann in späterer Zeit (in Folge der Lex Pinaria) die Competenz der Hundert „zum grössten

¹⁾ Civilprocess § 5 (S. 24), § 4 (S. 21), § 13 (S. 59), § 21 (S. 106). Nicht so weit geht Puchta Institutionen Bd. I § 153 (S. 439).

Teil“ übergegangen sei an die *Judices*²⁾. Zugegeben selbst, dass der lückenhafte Text bei Gai. IV. 15 durch ein *nondum* ergänzt werden darf, — was jedoch Studemunds Apographum nicht zulässt — so hätte doch Kellers Annahme, auch in ihrem letzten Teil, noch keine Stütze gewonnen, da uns trotz Allem zugemutet wird, gerade das zu Erweisende ohne Weiteres gläubig hinzunehmen: die *Centumvirn* als Vorgänger des *iudex unus*.

Hält man sich an die Quellen, so kann aus denselben eine Gerichtsbarkeit der Hundert lediglich in *Vindications-*sachen³⁾ belegt werden. Nirgends findet sich ein Beispiel

²⁾ Widerspruch erhebt selbst Wach als Herausgeber in N. 64^a (S. 21); vgl. dazu N. 197 (S. 59). Treffend bekämpft A. Schmidt in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XV S. 160 N. 2 die Keller'sche Ansicht durch die Hinweisung auf Gai. IV. 104. Diese Stelle ist weiter unten ausführlich zu besprechen; darum mag es einstweilen genügen, dieselbe hier zu citiren.

³⁾ So schildert Keller selbst a. a. O. § 6 (S. 29) das Recht der Ciceronischen Zeit: „das ganze Gebiet der *Vindicationen*“; doch schliesst er aus „die *Processen* über *Status*“. Ob dies Letztere ganz richtig ist, wird nicht leicht zu entscheiden sein; vgl. oben § 10 N. 16. Andererseits geht Kuntze Excursus S. 116, 117 sicher zu weit, wenn er allgemein auch *Statussachen* zur *Centumviralcompetenz* rechnet und die *Decemvirn*, wie vorher schon Dernburg (Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. I S. 460—463), nicht als besonderes Spruchgericht anerkennen will (*Obligationen* und *Jus extraordinarium* S. 359 N. 15). K. beruft sich auf die Sache des *Mancinus* bei Cicero de orat. I c. 40 § 181, die in c. 56 § 238 zu den *causae centumvirales* gestellt sei. Dies kann man zugeben, ohne doch der darauf gegründeten Behauptung zuzustimmen, da Cicero auch nicht entfernt andeutet, auf welche Klage hin über die *Statusfrage* eine Verhandlung im Gerichte der Hundert stattfand. Man wird sie als *Praejudicialpunkt* erörtert haben. Vgl. Huschke in Richters Krit. Jahrb. Bd. V S. 489, ferner Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II § 97 N. 16, Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 305 N. 20^a. Den Versuch, das selbständige *Decemviralgericht* der Voraugusteischen Zeit ganz hinwegzuleugnen, halte ich den bekannten Quellenzeugnissen gegenüber (Varro de l. l. IX § 85, Cic. pro Cae.

der Verweisung persönlicher Klagen vor das *hastae iudicium*, sofern man nicht die Actio aus der Sponsion im Process über Erbschaft und dingliche Rechte als einen Fall dieser Art gelten lassen will. Dafür aber, dass in Voreiceronischer Zeit die Competenz anders geregelt war als später, liegt auch nicht der geringste Anhaltspunkt vor; vielmehr muss wohl jeder unbefangene Leser der Gaianischen Darstellung des Legisactionensystems (IV. 12—29) den Eindruck erhalten, dass im älteren Recht die Instruction durch Spruchformel für die Regel keineswegs die Entscheidung eines ständigen Gerichtshofs nach sich zog, ja Mehr noch: dass der *unus iudex* im alten Process weitaus der gewöhnliche Richter gewesen ist, ebenso wie im neueren.

Gaius bezeugt nämlich IV. 15 für das Sacramentsverfahren älteren Stils ausdrücklich das Gericht des einen⁴⁾ Geschwornen, und zwar als ein Institut, das vor⁵⁾ wie

c. 33 § 97, pro domo c. 29 § 78, de leg. III c. 3 § 6) für völlig aussichtslos. Zu beachten ist hier noch was Pernice Labeo Bd. I S. 96, Mommsen in der Festgabe für Beseler S. 255 und im Staatsrecht Bd. III S. 8 N. 2 über „römisches Bürgerrecht und römische Freiheit“ bemerken; s. auch Cic. pro Cacc. c. 33 § 96.

⁴⁾ Voigt XII Tafeln Bd. I S. 599 N. 23 (vgl. S. 519 N. 23, S. 529) weiss sich freilich über das *iudicem dare* des Gaius hinwegzusetzen; gemeint sei die Verweisung vor die Hundert- oder Zehnmänner. Gaius gebraucht IV. 15 *iudex* im Singular sechsmal; er lässt die Parteien einander denunciren: *ut ad iudicem uenirent*, er lässt sie zum *iudex* kommen (*cum ad iudicem uenerant*). Voigt aber bleibt trotzdem bei seiner Ansicht, die nun auch Cogliolo in der zweiten Auflage von Padelletti Storia del diritto romano p. 321 n. e. vertritt. Vgl. aber Mommsen Staatsrecht Bd. I S. 27 zu N. 1.

⁵⁾ Das von Bethmann-Hollweg vorgeschlagene (später preisgegebene: Civilprocess Bd. I S. 66 N. 24) *statim*, nach Studemund „nicht unwahrscheinlich“, ist allerdings noch nicht zur Ruhe gekommen; vgl. neuestens A. Schmidt a. a. O. S. 160 N. 3, Karlowa Röm. Rechtsgeschichte Bd. I S. 274 N. 2 (anders in den Legisactionen S. 31, 258).

nach⁶⁾ Erlassung der Lex Pinaria in Geltung stand. Von der *legis actio per conductionem* sagt derselbe Schriftsteller IV. 18: *actor aduersario denuntiabat, ut ad iudicem capiendum die XXX adesset*; bei der dritten Hauptform endlich spricht schon der Name deutlich genug: sie heisst *l. a. per iudicis postulationem*.

Es ist schwer zu begreifen, weshalb diesen Zeugnissen so wenig Gewicht beigelegt wird. Soll etwa Gaius keinen Glauben verdienen, weil er Dinge beschreibt, die einer fernen Vergangenheit angehören⁷⁾? Allein wenn irgendwo, so ist gerade bezüglich der hier behandelten Frage die Zuverlässigkeit des Gaianischen Berichtes, der übrigens sicherlich eine geschriebene ältere Quelle verarbeitet, keinem gegründeten Zweifel unterworfen.

An sich wäre es ja denkbar, dass der Jurist des zweiten christlichen Jahrhunderts unter dem verwirrenden Einfluss des modernen Rechtes der Kaiserzeit stand. Dann aber

⁶⁾ Ohne Grund scheint mir Bethmann-Hollwegs (Civilprocess Bd. I S. 65, 66 und N. 23, dazu S. 61) Beschränkung des Pinarischen Gesetzes „auf Schuldklagen, deren Object nicht 1000 As beträgt“. Vorher, und noch nach dem Gesetze in bedeutenderen Schuldsachen sei das Urteil vom Magistrat gefällt worden. Allein die Vermutung Hollwegs (N. 23) über den Inhalt des Fol. 78^r der Veroneser Handschrift (Apogr. Stud. p. 192) ist nicht haltbar. Gerade die Worte des Gaius IV. 15: *illud ex superioribus intellegimus* sprechen dagegen, ebenso Pseudo-Asconius in act. II in Verr. I (Orelli p. 164), der ganz allgemein für den Nachpinarischen Sacramentsprocess das *iudicem dare* bezeugt: *cum in rem aliquam agerent litigatores et poena se sacramenti peterent, posebant iudicem, qui dabatur post trigesimum diem*. Der Scholiast schreibt l. c. zweifellos den Gaius aus. Bethmann-Hollweg selbst stellt dies nicht in Abrede.

⁷⁾ Hier darf besonders an Lotmars scharfsinnige „Studien“ (§ 13 u. S. 77) erinnert werden, wo (S. 54, 55) auch eine Reihe anderer Schriftsteller aufgezählt ist, die sich gegen Gaius auflehnen; vgl. noch desselben Verf. *Legis actio sacramento in rem* S. 67.

hätten wir die gerade entgegengesetzte Wirkung zu erwarten: Gaius hätte unter dieser Voraussetzung alle *sacramento* instruirten Sachen von Altersher vor ein *iudicium centumvirale* verweisen müssen, da nach Kaiserrecht in der That die in solcher Form eingeleiteten Prozesse nur mehr vor das Gericht der Hundert gelangen konnten. Wenn nun trotzdem unser Gewährsmann den *iudex unus* in der Darstellung des Voraebutischen Verfahrens wiederholt (N. 4) erwähnt und andererseits in diesem Zusammenhang der Centumvirn nur einmal, und zwar ganz beiläufig (IV. 16 in f.), gedenkt, so dürfte doch wohl jeder Misstrauensregung der Boden entzogen sein.

Täusche ich mich nicht, so ist die Vorstellung, von der dem Anschein nach Keller und Andere ausgehen, dass das alte Legisactionenverfahren und das *Judicium* eines ständigen Gerichtshofs wesentlich zusammengehören, nicht zum geringsten Teil hervorgerufen durch folgenden Denkfehler. Bekanntlich hat die Kaiserzeit nach dem übereinstimmenden Berichte des Gellius und Gaius den Spruchformelprocess nur für solche Sachen beibehalten, die von den Centumvirn zu entscheiden waren. In diesem Fall, und vor dem Julischen Gesetze auch noch in Decemvirsachen, ist das neuere Verfahren *per concepta verba* nicht anwendbar, weil der Praetor nur solchen Richtern Weisungen geben kann, die er ernannt, und zwar für den einzelnen Rechtsstreit ernannt hat. Wo keine *iudicis datio*, da ist — wie Sohm⁸⁾ treffend bemerkt — auch keine Schriftformel; die Unterweisung, wie judicirt werden soll, steht im ursächlichen Zusammenhang mit dem Befehle, dass eine bestimmte Person judicare.

⁸⁾ Institutionen S. 148 (2. A.).

So wenig also die Urteilsfindung der Zehn- und Hundertmänner verträglich ist mit der Einleitung des Processes durch Schriftformel, so sehr die erstere — wenn man will — gerade die *Legisactio* als *modus agendi* zur Voraussetzung hat, so verfehlt wäre es doch, diesen richtigen Satz umzukehren und zu behaupten: der Einleitung durch *Legisactio*, mindestens durch Sacrament müsse notwendig die Judication eines der beiden Gerichtshöfe nachfolgen. Selbstverständlich ist dieser offenbare Trugschluss nirgends ausgesprochen; dennoch hat er vielleicht im Stillen gewirkt für die Verbreitung der Keller'schen Fabel, die kaum auf anderem Wege leichter entstehen und Anhänger⁹⁾ finden konnte als auf diesem.

Wenn nämlich der älteste uns bekannte *modus agendi* die Verhandlung der Sache vor einem ständigen Gerichtshof zur notwendigen Folge hatte, dann musste freilich wenigstens eines der beiden Gerichte ebensoweit hinaufreichen ins Altertum wie jene Processform, und es mussten auch ursprünglich entweder die Decemviri (so, nach Keller, Rudorff) oder die Centumviri (so Esmarch, Voigt) die alleinigen Urteilsfinder sein in sämtlichen Sacramentssachen.

Nur für das Erstere, für die Entstehung der ständigen Richtercollegien lange vor dem sechsten Jahrhundert d. St., bald nach oder gar vor Aufrichtung des Freistaats, pflegen besondere Gründe angeführt zu werden, welche indess

⁹⁾ Rudorff Rechtsgeschichte Bd. II S. 33, 34, Esmarch Röm. Rechtsgeschichte S. 206 (2. A.), Voigt XII Tafeln Bd. I S. 599. Den Decemviri hat schon vor Keller Huschke Verfassung des Serv. Tullius S. 607 für die älteste Zeit Competenz in allen Sacramentsprocessen zugeschrieben.

keineswegs stichhaltig erscheinen. Nach Bethmann-Hollweg¹⁰⁾ und Anderen, die Niebuhr¹¹⁾ folgen, soll das *iudicium centumvirale* uralt sein hauptsächlich darum, weil ihm „das ehrwürdige Symbol der Lanze“ eigentümlich war, und weil die Instruction der vor dasselbe gebrachten Sachen „in der ordentlichen Processform ältester Zeit (*sacramento*) geschah“. Allein was die Lanze als Wahrzeichen bedeutet, das kann für Diejenigen nicht zweifelhaft sein, welche, wie Bethmann-Hollweg selbst, die Competenz der Hundert auf Vindicationen beschränken. In diesen Processen bediente man sich bekanntlich vor dem Magistrat nach Gai. IV. 16 der *festuca quasi hastae loco*, in älterer Zeit sicherlich der *hasta* selbst. Nun ist doch Nichts natürlicher als die Uebertragung der Lanze aus dem Jus ins Iudicium bei der Einsetzung eines besonderen Gerichtes, das ausschliesslich in solchen Fällen urteilen sollte, wo vor dem Magistrat der

¹⁰⁾ Civilprocess Bd. I S. 57, 58, auch in der Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. V S. 360, 361, ferner Zimmern Röm. Civilprocess S. 38, 39, Rudorff l. c. S. 33, Karlowa Legislationen S. 248, 249, Kuntze Excuse S. 115, auch Bülow Processeinreden S. 204 N. 102; vgl. oben § 10 N. 35.

¹¹⁾ Röm. Geschichte I S. 440–442 (2. A.): Servius Tullius habe die Centumviri eingesetzt. Dem widerspricht Puchta Institutionen Bd. I § 49 (S. 100), der, wie später auch Keller Civilprocess § 5 (S. 22), vielmehr die Decemviri auf diesen König zurückführt unter Berufung auf Dionys IV. 25. Manche Schriftsteller, selbst der jüngsten Zeit, namentlich Juristen, stützen gewisse Hypothesen immer noch auf die Darstellung der Königszeit bei Dionys. Allein diesem wird damit gewiss zu viel Ehre erwiesen; vgl. z. B. Schwegler Röm. Gesch. Bd. I S. 103, der im Übrigen den griechischen Historiker sehr günstig beurteilt. Die Nachricht, dass Servius τῶν ιδιωτικῶν ιδιωτὰς ἔταξεν εἶναι δικαστὰς, (was man übrigens ganz willkürlich auf Gerichtscollegien bezieht), dürfte ungefähr so Viel wert sein wie die andere IV. 13, dass er Gesetze erlassen habe über Verträge und Vergehen, etwa fünfzig an der Zahl.

Gebrauch der *festuca* gefordert war. Auch wenn damals *in iure* statt mit der Lanze schon mit dem Stab agirt wurde, ersetzte man denselben begreiflich vor den Centumvirn durch die aufgepflanzte Hasta: das Surrogat, das als solches noch Gaius kennt, durch das Ursprüngliche, weil sich letzteres als Wahrzeichen offenbar besser eignete als die *festuca*.

Wenn diese Erklärung befriedigt, dann ist nicht einzusehen, wie sich aus der *hasta* die Entstehung des Gerichtes der Hundert vor dem 6. Jahrhundert oder gar in der Königszeit ergeben soll. Ebenso hinfällig ist der zweite Grund, den Bethmann-Hollweg geltend macht: die Beibehaltung des Sacraments für Centumviralprocesse. Dieser Umstand würde uns nicht einmal nötigen, den Ursprung unseres Gerichtscollegiums vor die Lex Aebutia zu setzen. Hat das Reformgesetz die *Legisactio* nur für irgend welche Klagen, sei es auch nur facultativ beibehalten, so müsste schon darum der Gebrauch der alten Processform auch in allen den Centumvirn überwiesenen Sachen als selbstverständlich erscheinen, da nach dem früher Gesagten das neue Verfahren mit Schriftformel nur Platz greifen konnte, wo der Praetor den Spruchrichter ernannt hatte. Sind aber die Hundertmänner — wie ich glaube — älter als das Aebutische Gesetz, so haben wir doch der *Legisactio* wegen durchaus keine Veranlassung einen bedeutenden zeitlichen Abstand zwischen beiden anzunehmen¹²⁾; das neue Verfahren und der neue Gerichtshof könnten vielmehr unmittelbar nach einander oder gar gleichzeitig ins Leben getreten sein¹³⁾.

¹²⁾ Vgl. dazu oben S. 126, 127.

¹³⁾ Dass Sanios Vermutung in den Varroniana S. 121—124 N. 178 (aufgenommen von Karlowa *Legisactiones* S. 249, 250, Kuntze *Ex-*

Bezüglich der Decemviren berufen sich Viele, auch Mommsen¹⁴⁾, auf ein Gesetz, das von Livius (III c. 55) den Consuln des Jahres 305 L. Valerius und M. Horatius zugeschrieben wird:

ut qui tribunis plebis aedilibus iudicibus decemviris nocuisset, eius caput Jovi sacrum esset.

Die hier genannten *decemviri* oder — wie die Meisten mit Huschke¹⁵⁾ annehmen — *iudices decemviri*, „wahrscheinlich so alt wie der Volkstribunat“, sollen dieselben sein, deren Einsetzung Pomponius in l. 2 § 29 D. de O. I. (1, 2) zu Beginn des 6. Jahrhunderts mit den Worten berichtet: *magistratus qui hastae praecessent decemviri (in) litibus iudicandis sunt constituti*, und die unter dieser letzteren Bezeichnung mehrfach, zuerst im J. 615 (C. J. L. t. I nr. 38), und zwar als patricisch-plebejische Beamte inschriftlich beglaubigt sind.

Was in dem citirten Gesetze die *iudices* bedeuten, das war, wie Livius erzählt, schon in Rom streitig:

fuere, qui interpretarentur, eadem hac Horatia lege consulibus quoque et praetoribus, quia iisdem auspiciis quibus consules crearentur, cautum esse: iudicem enim consulem appellari. Quae refellitur interpretatio, quod his temporibus non dum consulem iudicem, sed praetorem appellari mos fuerit.

course S. 115) nur auf Denjenigen Eindruck machen kann, dem das hohe Alter des Centumviralgerichts bereits für erwiesen gilt, hat Sanio selbst (S. 123) nicht verkannt. Gegen Niebuhr a. a. O. S. 442, II S. 366 N. 738, S. 416 N. 810 u. Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. I S. 59 N. 13, die in den *iudices* der Lex Valeria-Horatia die Hundertmänner erkennen, vgl. Kuntze S. 113.

¹⁴⁾ Staatsrecht Bd. II¹ S. 590, der übrigens seine Darstellung nur als „wahrscheinlich“ bezeichnet; bestimmter Keller a. a. O. S. 22.

¹⁵⁾ Servius Tullius S. 593, 596.

Aus dieser Mitteilung glaubt Puntchart¹⁶⁾ ein unüberwindliches Argument gegen das Zusammenziehen der Worte *iudices* und *decemviri* herleiten zu können. Der Interpret, den Livius widerlegt, habe die *iudices* des Gesetzes ausser auf Geschworne auch auf die Consuln bezogen, mithin die Gegner dieser Auslegung auf die ersteren allein; demnach habe Niemand so gelesen wie Huschke. Allein so schlüssig, wie Puntchart meint, ist diese Darlegung keineswegs; vielmehr ist dabei Mancherlei übersehen.

Vor Allem hat unser Geschichtschreiber gar nicht die Absicht, seine Leser über den Sinn des schwierigen Legaltextes aufzuklären; nur darauf kommt es ihm an, eine Deutung als unmöglich abzulehnen. Daher kann immerhin neben der verworfenen und der zweiten Auslegung, die vielleicht dem Livius selbst vorschwebt, noch eine dritte einstmal ihre Vertreter in Rom gehabt haben.

Und wenn weiter in der citirten Stelle gesagt ist: *consulibus quoque*¹⁷⁾, so muss dieses letztere Wort nicht notwendig veranlasst sein durch den Gedanken an die anderen und eigentlichen *iudices* (die Geschworenen); ebenso gut können die Anderen, deren Verletzung das Gesetz auch bedroht, die Tribune und die Aedilen sein, von denen der unmittelbar vorhergehende Satz handelt. Ja man darf sogar aus der Begründung: *iudicem enim consulem appellari*, schliessen, dass die bei Livius Getadelten unter den *iudices* nur die Consuln (und Praetoren) verstanden.

¹⁶⁾ Civilrecht S. 82, 83, ebenso (vor Puntchart) Zumpt Criminalrecht Bd. I² S. 23; vgl. noch Münchener krit. Vtljschr. Bd. XXVIII S. 512, 513.

¹⁷⁾ So wie Puntchart versteht schon Zimmern Civilprocess § 14 N. 10 das *quoque*.

So ist also die von Puntschart und Anderen verteidigte Lesart: *iudices*, *decemuiri* durchaus nicht als festgestellt zu betrachten.

Unwahrscheinlich aber ist sie darum, weil das Gesetz *decemuiri* schlechtweg, ohne nähere Bezeichnung schwerlich in seinen Text aufnehmen konnte, am wenigsten ein Gesetz, das angeblich sofort nach dem Sturze der *decemuiri legibus scribundis* erlassen ist¹⁸⁾. Neuestens hat freilich O. F. Hartmann¹⁹⁾ in den Zehnmännern der Lex Horatia gerade jenes oberste Regierungscollegium, nicht wie Niebuhr²⁰⁾ ein künftig zu erwählendes, sondern das abgegangene vom Jahre 304 erkennen wollen. Seiner Meinung nach sollte dieses letztere nebst den „Conventsrichtern“ (*iudices*) gesetzlich gegen die Rache der Plebs gesichert werden.

Indess ist diese Erklärung vielleicht die unglücklichste von allen, die bisher versucht sind. Privatleute konnte doch die Lex nicht mehr als *decemuiri* bezeichnen. Ist es auch denkbar, dass den früheren Zehnmännern zeit lebens das Privileg der Unverletzlichkeit gewährt wurde? Und wie soll denn diese Auffassung in Einklang gebracht werden mit dem Bericht über das weitere Schicksal der ehemaligen Machthaber, den wir bei Livius finden? Dieser wenigstens kann den Gesetzesworten unmöglich eine Beziehung auf die Beamten von 304 gegeben haben. Denn nach seiner Erzählung wird Appius Claudius zur Verantwortung gezogen und verhaftet²¹⁾; mit keinem Worte aber ist angedeutet, —

¹⁸⁾ Vgl. auch Kuntze Excursus S. 114.

¹⁹⁾ Ordo I S. 282—285, dazu S. 555, 556.

²⁰⁾ A. a. O. II S. 366, 416; dagegen treffend Peter Die Epochen d. Verfassungsgeschichte d. röm. Republik S. 80, 81, auch Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 683 N. 1 in f.

²¹⁾ Wenn die Lex die Tribune schützt gegen Verhaftung Seitens

auch in der Verteidigungsrede des Beschuldigten nicht — dass durch dieses Verfahren die kurz vorher erlassene Lex Horatia verletzt sei (Liv. III. 56—58).

Wenn Hartmann schliesslich, um solchen Einwendungen zu begegnen, dem Gesetze die Absicht unterschiebt, nur „gegen widerrechtliche Schädigung“ Schutz zu gewähren, so ist auch dies ebenso willkürlich wie unmöglich. Die Gesetzesnorm ist genau dieselbe für Tribune, Aedilen, Judices, Decemviri. Es müssten also auch die Volkstribune ex lege nur in dem Sinne unverletzlich gewesen sein, wie schon nach gemeinem Recht jeder Privatmann, so dass ein Unterschied blos in der Strafe hervorgetreten wäre. Dieses unhaltbare Ergebniss zeigt zur Genüge, dass die zu Grunde liegende Auslegung durchaus verfehlt ist.

Sollten aber trotz Allem sprachliche Gründe²²⁾ der von Huschke vorgeschlagenen Lesart entgegenstehen²³⁾, so wäre m. E. zum Mindesten das Livianische Datum des Gesetzes anzufechten, oder auch der Wortlaut desselben, der leicht gekürzt sein könnte. *Decemviri* schlechtweg in einer Lex von 305 erregen nämlich — wie gesagt — starke Zweifel, selbst wenn dem in Rede stehenden Zehnercolleg höheres Alter zugeschrieben wird als dem der Zwölftafelverfasser. Der von Livius, sei es vollständig sei es unvollständig, überlieferte Text war vielleicht in Rom zu

der Gemeindebeamten (vgl. etwa Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 465), so müsste Hartmann (S. 282, 283) folgerichtig den Decemvirn denselben Schutz zusprechen den Tribunen gegenüber.

²²⁾ Vgl. z. B. Zumpt Criminalrecht Bd. I² S. 23, Soltan Die urspr. Bedeutung und Competenz der aediles plebis S. 38. Sonderbarer Weise verschweigt S. seine Auffassung der „decemviri“. Das auf S. 37 Bemerkte genügt natürlich nicht.

²³⁾ [Dies bestreitet jetzt Mommsen in der soeben ausgegebenen 3. Aufl. des Staatsrechts Bd. II¹ S. 605 N. 3 sehr bestimmt, hinweisend auf die municipalen *practores IIviri*.]

einer gewissen Zeit nur mehr als namenloses Gesetz bekannt, oder als Lex Valeria, und ein Annalist mochte dieselbe dann nach seinem Eressen einem der Valerier²⁴⁾ zusprechen, die das Consulat verwaltet hatten. Ist ja auch die Echtheit des ersten „Valerisch-Horatischen“ Gesetzes (Liv. III c. 55) den gewichtigsten Bedenken unterworfen, und neuerdings der Verlauf des ganzen Ständekampfes für uns höchst unsicher geworden, seitdem wir gelernt haben, Diodor oder eigentlich den Annalisten, den jener ausschreibt, richtiger zu würdigen²⁵⁾.

Man mag übrigens darüber so oder anders denken, keinenfalls spielt die dritte Lex Horatia unter der Voraussetzung der Scheidung von *iudices* und *decemviri* eine massgebende Rolle in der Frage nach dem Altersverhältniss zwischen *iudex unus* und den Gerichtscollegien. Bezüglich der *decemviri* schlechtweg müsste die Kunst des Nichtwissens strengstens geübt werden, da für die Beziehung auf eine richterliche Behörde genau so viel oder so wenig spricht wie für jede andere beliebige Erklärung.

Was dann die *iudices* betrifft, so hätten wir unter denselben, wenn überhaupt Geschworne, gewiss nur in der Einzahl bestellte Privatriichter²⁶⁾ zu verstehen. Die Zwölf-

²⁴⁾ Ed. Meyer im Rhein. Museum f. Philologie N. F. Bd. XXXVII S. 625 N. 1 macht darauf aufmerksam, dass bei einer Anzahl von Schriftstellern, so bei Diodor, der Name des Horatius, bei Anderen (Cicero, Livius) der des Valerius voransteht.

²⁵⁾ Nach Diodor XII c. 25 wäre das Consulat den Plebejern nicht erst 387, sondern schon im Jahre 305 zugänglich geworden. Gegen Mommsen Röm. Forschungen Bd. II S. 287, 288, der den Diodor beschuldigt, das J. 387 unterschlagen zu haben, vgl. Ed. Meyer a. a. O. S. 620—624. — Ueber das erste Valerisch-Horatische Gesetz vgl. Mommsen Röm. Forschungen Bd. I S. 164, 165 und neuestens Staatsrecht Bd. III¹ S. 157 N. 1, S. 323 N. 3.

²⁶⁾ S. Zumpt Criminalrecht Bd. I² S. 24.

tafeln wenigstens kennen in den noch erhaltenen Bruchstücken — abgesehen von den *tres arbitri* für zwei besondere Fälle (IX. 5, XII. 3) — nur den *iudex* (II. 2, VII. 5). Ist es auch deswegen nicht ausgeschlossen, dass in der Zeit der XII Tabulae neben dem Einzelrichter auch ein ständiges Gericht vorhanden war, so konnte doch zur Bezeichnung dieses letzteren der Ausdruck *iudices* ohne Zusatz nicht mehr gebraucht werden.

Erheblicher für die Geschichte des Geschworneninstituts scheint das Valerisch-Horatische Gesetz, wenn es — wie Huschke will — „richterliche Decemviri“ sind, die dasselbe an dritter und letzter Stelle für unverletzlich erklärt. Vor Allem kommt es bei dieser Lesart darauf an, festzustellen, ob die Zehnmänner unserer Lex dieselben sind, welche wir seit dem 7. Jahrhundert auf Inschriften finden als *decemviri stlitibus iudicandis*.

Schon Schwegler²⁷⁾ hat diese Frage nicht bloß verneint, sondern auch durchschlagende Gründe gefunden für die Unterschiedenheit der beiden Behörden. Die alten Zehnmänner sind ohne Zweifel nichts Anderes gewesen als Beamte der plebejischen Sondergemeinde; denn nur so erklärt sich die vom Gesetz angedrohte eigentümliche Strafe, und nur so versteht man auch die besondere Gewährleistung der Unantastbarkeit. Zum Schutz der Magistrate der Gesamtgemeinde war eine solche Garantie überflüssig, weil deren Gewalt ohnedies auf der Lex beruht; dagegen war sie unerlässlich bei den plebejischen Beamten und wurde diesen auch zu Teil zunächst durch den Eid der

²⁷⁾ Röm. Geschichte Bd. III S. 74, dazu Bd. II S. 279, 280; vgl. auch Zumpt a. a. O. Bd. I² S. 24.

Plebs — wahrscheinlich auch den Decemvirn — und im Jahre 305 überdies durch besonderes Gesetz²⁸⁾.

Lässt sich also insoweit der Charakter der „richterlichen Zehnmänner“ bestimmen, so haben wir andererseits auch schon die Grenze erreicht, die unserem Wissen gezogen ist. Kaum so Viel darf man behaupten, dass es das Geschäft der Zehner war, Urteile zu sprechen, da das — vielleicht vor den Zwölftafeln — dem Zahlwort beigefügte *iudices*²⁹⁾ möglicher Weise im weiteren Sinne gesetzt ist. Was trotzdem sonst noch von unserem plebejischen Collegium erzählt wird, ist haltlose Vermutung, zum Teil einfach erfunden zum Teil gestützt auf die vor gefasste Meinung, dass die Nachrichten über die *decemviri stlitibus iudicandis* auch jenes andere Gericht betreffen, oder doch Rückschlüsse zulassen.

Nun ist aber das Eine wie das Andere ganz entschieden zu leugnen. Die Zehnmänner des Horatischen Gesetzes sind ein plebejisches, die der Inschriften^{29a)} des 7. Jahrhunderts ein Beamtencollegium der Gesamtgemeinde, das beiden Ständen, auch den Patriciern³⁰⁾, zugänglich war. Schon diese einzige Thatsache reicht völlig aus, um Diejenigen zu widerlegen, welche die hier und dort erwähnte Behörde für identisch halten.

Auch das geht nicht an, von einer Umgestaltung des alten Decemvirats zu reden, die erfolgt wäre nach

²⁸⁾ Wegen des oben Gesagten verweise ich auf Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 73 N. 4, S. 276, 292 N. 2, S. 465, der aber S. 590 N. 1 Schweglers Gründe doch nicht recht gelten lassen will.

²⁹⁾ Vgl. Mommsen a. a. O. Bd. II¹ S. 74 N. 1.

^{29a)} [Eine jüngst gefundene, aus der Kaiserzeit, bei Mommsen St. R. Bd. I S. 344³, 345⁴, II¹ S. 606³—3. A.]

³⁰⁾ Inschriftliche Zeugnisse bei Mommsen a. a. O. Bd. II S. 590 N. 5.

Wlassak, Röm. Processgesetze.

Beilegung des Kampfes zwischen Adel und Plebs. Zwar hatte dieser Friedensschluss einerseits der Plebs die bisher dem Adel vorbehaltenen Staatsämter erschlossen, andererseits wie das Plebiscit ohne Weiteres zum Staatsgesetz, so die Behörden der plebejischen Sondergemeinde zu Magistraturen der Gesamtgemeinde erhoben; keineswegs aber war damit auch umgekehrt den Patriciern der Zutritt eröffnet zu den plebejischen Beamtenstellen. Die Plebität war vielmehr für den Bewerber um den Volkstribunat und die plebejische Aedilität nach wie vor die unerlässliche Vorbedingung und ist es auch stets geblieben. Demnach erscheint es jedenfalls unzutreffend, beim richterlichen Decemvirat eine „Reorganisirung“ anzunehmen, selbst dann, wenn irgend welcher Zusammenhang zwischen der älteren und der neueren Behörde obwalten sollte. Die letztere, ein römisches Staatsamt, ist offenbar etwas durchaus Anderes als das plebejische Zehnercolleg.

Durch die vorstehende Erwägung sind wir, ohne Pomponius' Aeusserung in l. 2 § 29 D. de O. J. zu beachten, zu einem Ergebniss gelangt, das zu dem in der Pandektenstelle Gesagten aufs Beste stimmt. Der Jurist, der freilich von den alten, lange vor seiner Zeit verschollenen Zehnmännern gar Nichts wissen mochte, setzt die Neu-einführung (*constituti sunt*) der *decemviri litibus iudicandis* mehr als drei Jahrhunderte später als die Zwölftafeln. Dabei bezeichnet er als Grund der Einrichtung das Bedürfniss, Magistrate zu haben, *qui hastae praeesent*: die dem Centumviralgericht vorstehen sollten.

Diese letztere Bemerkung, der man Sueton II c. 36 gegenüberstellt, hat manche Gelehrte veranlasst, die ganze

Nachricht des Pomponius für falsch zu erklären³¹⁾. Indess ist damit wohl stark über das Ziel hinausgeschossen. Was der Jurist von dem Geschäftskreise der neuen Beamten sagt, steht, wie Lange³²⁾ zeigt, gar nicht notwendig im Widerspruch mit der Bemerkung des Sueton; ja mir scheint sogar eine von Haus aus vorhandene Verbindung des Zehnercollegs mit dem Gerichte der Hundert recht wahrscheinlich, wie denn auch die Einsetzung des ersteren nach Pomponius genau in dieselbe Zeit fällt, in der allem Anschein nach das Centumviralgericht begründet ist.

Und wenn selbst der behauptete Widerspruch wirklich vorläge, so kann doch die eine Nachricht in l. 2 § 29 D. cit. richtig, die andere unrichtig sein. Der Irrtum, dem der Jurist verfiel, wäre sehr einfach zu erklären: was zu seiner Zeit galt, hätte er als vom Anfang an gültig angenommen. Dagegen ist gar nicht einzusehen, weshalb Pomponius und sein Gewährsmann auch die Entstehungszeit des Decemvirats so gröblich verfehlt haben sollten. In der That wäre die Pandektenstelle kaum jemals ganz verworfen worden, wenn nicht die Lex Horatia, die gar nicht hergehört, dazu verleitet hätte. Für uns dagegen ist die Mitteilung des Pomponius nur eine Bestätigung Dessen, was schon auf anderem Wege gefunden ward: der völligen Unterschiedenheit nämlich der beiden Decemvirate, die darnach wohl ausreichend begründet ist.

So kann also nur Dies noch in Frage kommen, ob nicht wenigstens Verbindungsfäden von dem älteren Amte

³¹⁾ Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 590 N. 1 in f.: „hat gar kein Gewicht“; dazu S. 592 N. 2.

³²⁾ Altertümer Bd. I S. 906, dazu Hartmann-Ubbelohde a. a. O. I S. 300 N. 5.

zu dem neueren führen, ähnlich denjenigen, die sich nachweisen lassen zwischen der plebejischen und der curulischen Aedilität³³⁾.

Ein Merkmal haben die beiden Collegien allerdings gemein, ein rein äusserliches: die Zehnzahl, welche indess in Rom sehr beliebt und so gewöhnlich³⁴⁾ war, dass ihre Wiederkehr keineswegs auf ein bestimmtes Vorbild hinweisen muss. Im Uebrigen sind selbst die Namen verschieden; bezüglich des Geschäftskreises aber beruht die Annahme einer Uebereinstimmung lediglich³⁵⁾ auf der Bezeichnung der alten Zehnmänner als *iudices*, der jüngeren als *decemviri stlitibus iudicandis*. Indess kann den ersteren — wie schon früher bemerkt ist — nicht einmal die Eigenschaft von Spruchrichtern mit Sicherheit zugeschrieben werden, während die letzteren, obwohl vom Volke gewählte Magistrate³⁶⁾, ohne Zweifel Urteile zu finden hatten.

Wie die neueren Decemviren zu ihrer besonderen Competenz (in Freiheitssachen) gelangt sind, wissen wir nicht; dass sie dieselbe übernommen haben von den plebejischen *iudices*, ist durch gar Nichts zu belegen, da in den Quellen, d. h. bei Livius III c. 55, jede Andeutung über die Ge-

³³⁾ Vgl. Mommsen Staatsrecht Bd. I S. 457, 458, Bd. II¹ S. 265, 266, 472, 473, 478.

³⁴⁾ Man denke nur an die zehn Tribune, die *decemviri sacris faciundis* (nach Liv. VI c. 37, c. 42 seit 387 d. St.), die *decemviri ex lege Livia* (L. agraria von 643 Z. 81) und andere agrarische, an die gewählten Zehnmänner für Friedensschlüsse und die späteren zehn senatorischen *legati*.

³⁵⁾ Denn Mommsens Combination im Staatsrecht Bd. II¹ S. 592, die sich Maschke Freiheitsprocess S. 58 N. 2 aneignet, ist geistreich und bestechend, überzeugend aber nur für Ueberzeugte.

³⁶⁾ Spätestens seit der Mitte des 7. Jahrhunderts; vgl. Mommsen I. c. II¹ S. 590, Pernice in d. Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 37.

schäfte der älteren Zehnerbehörde fehlt. Bei ihr so wenig wie bei den *decemviri stlitibus iudicandis* darf aus dem Namen eine alle Rechtssachen umfassende Competenz gefolgert werden, — was ja auch anderen Zeugnissen gegenüber unhaltbar wäre — da in Rom zur selben Zeit niemals mehrere judicielle Decemvirate vorhanden waren, und demgemäss auch kein Bedürfniss vorlag, eine den Geschäftskreis genau bestimmende Bezeichnung zu wählen. Wenn übrigens Pomponius im Rechte ist, wenn das Zehnercolleg wirklich vom Anfang an in Verbindung stand mit dem Centumviralgericht, dann wäre vollends erklärt, weshalb der Name keinen Hinweis auf die richterliche Sondercompetenz enthielt.

Endlich fällt meines Erachtens Dasjenige, was Livius über die Auslegung erzählt, die dem Horatischen Gesetze zu Teil ward, schwer ins Gewicht gegen die Annahme eines Zusammenhanges der plebejischen mit den Decemviren der Gesamtgemeinde. In der oben mitgetheilten Stelle lesen wir: *fuere qui interpretarentur*, es sei früher einmal die Meinung vertreten gewesen, dass unter den *iudices* der Lex die Consuln und Praetoren zu verstehen seien. Leider ist nicht gesagt, ob diese falsche Auffassung, welche den Oberbeamten des Staates die Sanctität verschaffen sollte, je eine politische Rolle gespielt hat, oder ob wir es blos zu thun haben mit einem müssigen Einfall eines schlechtunterrichteten Altertumsforschers. Indess ist das Erstere bei Weitem wahrscheinlicher; der Geschichtschreiber hätte eines bedeutungslosen Gelehrtenstreites schwerlich Erwähnung gethan.

Auch die Zeit, in welche der gedachte Interpretationsversuch zu setzen wäre, ist nicht genauer angegeben; nur

dass er der Vergangenheit angehört, — vermutlich einer weit zurückliegenden — wird sehr deutlich hervorgehoben³⁷⁾. Eines aber darf als sicher gelten: in der Epoche jener Auslegungskünstler giebt es keine plebejischen *iudices decemuii* mehr; ja es war damals ohne Zweifel selbst die Erinnerung an dieselben gänzlich erloschen. Ob nicht der Missbrauch der Lex Horatia gerade in jene Zeit fällt, wo die alte Behörde längst verschwunden und die neue noch nicht errichtet war, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls aber muss ein solcher Zwischenraum, und zwar von einiger Bedeutung angenommen werden, da sich uns auf diese Weise ungezwungen eine Erklärung darbietet, wie die Zusammengehörigkeit der Legalworte *iudices* und *decemuii* in Vergessenheit geraten konnte, was doch die Vorbedingung war, wie für das Gelingen so schon für den Versuch einer Umdeutung des Gesetzes. Hätte sich das neuere Zehnercolleg zeitlich angeschlossen an das vorbildliche alte, so wäre wohl in der römischen Tradition die Erinnerung daran nicht verloren gegangen, der ältere Name nicht spurlos verschwunden, und so auch die Lex Horatia gegen jede Verkennung ihres Inhalts gesichert gewesen.

Auch für die Aenderung der Bezeichnung: *stlitibus iudicandis* statt *iudices*, die sich gewiss nicht als Modernisirung darstellt, ist kein anderer Grund zu finden als der, dass eben im sechsten Jahrhundert selbst der Name der *iudices decemuii* etwas völlig Unbekanntes war. Aller-

³⁷⁾ Man vergleiche das *fuere* mit den Anfangsworten eines vorhergehenden Satzes (III c. 55), der ebenfalls von der Tragweite desselben Valerisch-Horatianischen Gesetzes handelt: *hac lege iuris interpretes negant*.

dings wäre ja bei der wesentlichen Verschiedenheit der beiden Behörden eine Unterscheidung auch in der Bezeichnung am Platze gewesen. Allein gerade wenn diese Absicht vorlag, sollte man doch etwas Mehr erwarten, als die Ersetzung des einen Wortes durch zwei andere von ganz gleichem Werte.

So sind also aller Wahrscheinlichkeit nach die *decemviri stlitibus iudicandis* wirklich so spät, wie es Pomponius berichtet, eingesetzt und ohne alle Nachbildung des plebejischen Zehnercollegs, von dem man damals gar Nichts mehr wusste, da dessen Thätigkeit lange vorher aufgehört hatte, vielleicht schon in der Zeit, wo den Patriciern das ausschliessliche Recht auf das Consulat entrissen ward.

Ist aber dem Gesagten nach das *iudicium decemvirale* so wenig wie das *centumvirale* eine uralte Einrichtung, so hat die einzige scheinbare Stütze sich als unbrauchbar erwiesen, welche Keller für seine Hypothese über das geschichtliche Verhältniss der Richterarten in Anspruch nehmen könnte. Vielmehr darf jetzt mit grösserer Bestimmtheit diejenige Vorstellung über die Iudicia der alten Legisactionenzeit als die richtige hingestellt werden, welche dem von Gaius entworfenen Bilde entspricht, und die auch bestätigt ist durch einige Nachrichten über das Zwölftafelrecht (S. 143, 144). Darnach aber war der *iudex unus* von Alters überall der gewöhnliche Richter, ohne Unterscheidung des *modus agendi*, vor Allem also im Sacramentsprocess, und daher das ständige Gericht der Zehn wie der Hundert nicht die ältere sondern die jüngere Einrichtung, die erst im 6. Jahrhundert neben die Iudication des Einzelrichters tritt.

Gänzlich ausgeschlossen wurde die letztere ver-

mutlich auch jetzt nirgends; aber selbst concurrirende Gerichtsbarkeit erhielten die Collegien nur in einigen besonderen Processsachen, keineswegs „in allen regulären Privatsachen“, wie Keller³⁸⁾ glaubt, dessen Ansicht nur Eines zur Grundlage hat: die hier abgelehnte Annahme eines höheren Alters der Zehn- und Hundertmänner. Es wird ja gewiss Niemand mehr ohne den geringsten Anhalt in den Quellen eine Viel umfassende Competenz der Collegien behaupten wollen, wenn nicht der Einzelgeschworne es war, der die ständigen Gerichte allmählich in den Hintergrund drängte, sondern wenn umgekehrt die Einrichtung der letzteren eine Beschränkung der Iudication des ersteren mit sich brachte.

Endlich ist durch die vorstehende Untersuchung auch die Praesumption beseitigt, welche man stillschweigend annehmen mochte zu Gunsten der Gerichtsbarkeit eines der Collegien in allen Fällen, wo die Quellen für das Verfahren *in iure* die Form der *Legisactio* bezeugen. Sobald einmal die vorausgesetzte Zusammengehörigkeit des Spruchformelprocesses und der Iudication eines der Gerichtshöfe als grundloses Vorurteil erkannt und die Anschauung gewonnen ist, dass die Urtheilsthätigkeit des *iudex unus* wie zur *Legisactio* überhaupt, so insbesondere zur Sacramentswette um Nichts weniger passt als die der Zehn- oder Hundertmänner, dann entfällt auch jede Veranlassung, sämtliche bei Cicero erwähnte Spruchklagen schon der Processform wegen den Centumviralsachen beizuzählen.

Ich verweise demnach die *Actio furti* und die übrigen auf S. 128 erwähnten Klagen vor den Einzelrichter und

³⁸⁾ Vgl. oben S. 131.

schliesse daraus noch weiter, dass die Lex Aebutia die Wahlbefugniß zwischen Spruch- und Schriftformel nicht blos in jenen Fällen gewährt habe, wo zugleich zwischen verschiedenartigen Gerichten zu wählen war, sondern ebenso auch da, wo **nur** das Iudicium des einen Geschwornen in Aussicht stand.

Der Versuch, dieser Folgerung auszuweichen durch die Bildung einer Gruppe von Klagen, welche das Reformgesetz unberührt gelassen hätte, ist schon oben S. 127—130 als unhaltbar verworfen. Es bleibt nur übrig, hier noch eines Quellenzeugnisses zu gedenken, das in anderer Richtung bereits verwertet ist, des Gaianischen Berichtes IV. 30, 31 (S. 58). Wenn wir uns genau an die Worte dieser Stelle halten dürfen, dann ist kaum eine andere Auffassung der Lex Aebutia möglich als die von uns angenommene: das Gesetz muss bezüglich der Processform Wahlfreiheit gewährt haben bei allen Actionen³⁹⁾.

Die Aufhebung des alten Verfahrens begründet Gaius l. c. durch die der Darstellung der fünf *modi agendi* unmittelbar angeschlossene Bemerkung: *sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt*. Gedacht ist hier ohne Zweifel an die Legisactionen in der einen wie in der anderen Bedeutung des Wortes, zunächst an die verschiedenen *modi*, die Processformen, dann aber auch an die Spruchformeln der Klagen, die den ersteren einzufügen waren. Nach

³⁹⁾ Bethmann-Hollweg in der Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. V S. 364—366, 381—383 nimmt nur in Centumviralsachen doppelte Processform an; für *actiones in personam* seien durch die Lex Aebutia „die *formulae* unbedingt eingeführt“ (S. 379, 380). In weiterem Umfange scheint das Wahlrecht anzuerkennen Brackenhoeft in der Zeitschr. f. Civilrecht u. Process N. F. Bd. X S. 338 N. 54, Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. I S. 470.

einem Zwischensatz, der die Frage erledigt, weshalb das alte System so wenig beliebt war, fährt Gaius fort, offenbar zurückverweisend auf die eben mitgetheilten Worte: *itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legisactiones*.

So durfte der Jurist gewiss nicht schreiben, wenn nach seiner Meinung ein Teil der Legisactionen durch das Aebutische, der andere durch das Julische Gesetz abgeschafft wäre⁴⁰⁾. Wie die Stelle uns vorliegt, ist beiden Gerichtsordnungen aufhebende Wirkung beigelegt bezüglich aller Legisactionen, abgesehen nur von den IV. 31 erwähnten Ausnahmen. Wie aber soll dieselbe Legisactio zweimal, durch zwei auf einander folgende Gesetze beseitigt sein? Die Lösung des Rätsels enthält der folgende einfache Satz: Durch die Lex Aebutia sind die Spruchformeln und Vieles, was daran hing, entbehrlich, erst durch die Julischen Gesetze sind sie unanwendbar geworden.

Für Diejenigen, welche auf die Worte des Gellius XVI. 10, 8 (S. 59) grosse Stücke halten, sei noch bemerkt, dass meine Ansicht auf Grund derselben zwar nicht zu erweisen, aber auch nicht zu widerlegen ist. Wenn da behauptet wird, das ganze Formelwesen der Zwölftafeln sei *lege Aebutia lata* in Vergessenheit geraten, so ist damit der endliche Erfolg zutreffend geschildert, der durch das Gesetz erzielt war, — und zwar vermutlich schon zur Zeit des Augustus — dagegen gar Nichts ausgesagt über die Beschaffen-

⁴⁰⁾ Unter dieser Voraussetzung hätte er etwa *alias* — *aliae* setzen müssen. Dies bemerkt richtig schon Punschart Civilrecht S. 118 = Rede S. 55, der im Uebrigen den Sinn der Stelle in unerlaubter Weise verdreht.

heit der Legalnorm. Und wenn der citirten Stelle zufolge die Wirkungen des Gesetzes nicht eintraten *in legis actionibus centumviralium causarum*, so will das keineswegs bedeuten, dass diese Rechtssachen von der Reform ganz ausgeschlossen waren; vielmehr ist ja deutlich die Ausnahme dahin bestimmt: *in legis actionibus*, d. h.: wo in einer Centumviralsache der Spruchformelprocess zur Anwendung kommt, da steht auch *omnis antiquitas*⁴¹⁾ der Zwölf-tafeln noch in Geltung.

Uebrigens hat nach meinem Ermessen der nicht allzu gelehrte Jurist bei Gellius ungenau die ganze Reform in der Gestalt, die ihm vor Augen lag, aus der älteren und grundlegenden Lex hergeleitet, während doch ein erheblicher Anteil der Julischen Gerichtsordnung gebührt. Darum sind begreiflich unter den Ausnahmen die Decemviralsachen, die bereits im Anfang der Kaiserzeit hinwegfielen, nicht mehr erwähnt, ebenso wenig der thatsächlich fast unpraktische Fall des *damnum infectum*. Hiernach sind wir also durch die besprochene Stelle nicht gehindert, die alte Processform auch in den *causae centumvirales* schon seit dem ersten Reformgesetz als facultativ zu betrachten, oder besser: als obligat nur in dem Fall, wenn die Judication der Hundert wirklich angerufen war.

§ 12. Das allmälliche Verschwinden der Legisactionen und die gesetzliche Einführung der Schriftformeln.

Ist der Inhalt der Aebutischen Norm im vorigen Paragraphen richtig angegeben, dann versteht es sich von selbst,

⁴¹⁾ Nur diese, gewiss nicht die *taliones, uiginti quinque asses, furtorum quaestio*: aus diesem Grunde ist die Auslegung auf S. 103 unabweislich. — Zum Obigen vgl. noch § 6.

dass der processrechtliche Gerichtsgebrauch in Folge des Gesetzes nicht mit einem Schlage umgewandelt sein konnte. Daher wäre es auch ganz verfehlt, das — freilich recht undeutliche — Bild der Praxis, das sich aus Ciceros Werken ergibt, zu übertragen in den Ausgang des sechsten oder in den Anfang des siebenten Jahrhunderts, in die Zeit also, der mutmasslich die Aebutische Rogation angehört. Dem Anschein nach war die Entwicklung, die ungefähr ein Sæculum in Anspruch nimmt, eine sehr allmälige, indem das neue Verfahren Schritt für Schritt das alte verdrängt, ihm eine Klage nach der anderen abgewinnt. Die Praetoren mag man sich dabei bald in führender Rolle als Formelproponenten vorstellen, bald vorwärts getrieben durch das Verlangen der Rechtsuchenden.

Welchem der beiden Systeme der Sieg zufallen würde, das konnte vom Anfang an kaum zweifelhaft sein, da der Formularprocess den Parteien in verschiedenen Richtungen wichtige Vorteile bot, ohne, verglichen mit der *Legisactio*, irgend erhebliche Nachteile im Gefolge zu haben. Am ehesten mochte der Magistrat in Wahrung des öffentlichen Interesses an manchen Punkten der Entwicklung Halt gebieten: so etwa der beiden Teilen drohenden *Succumbenzstrafe* wegen bei *Delictsklagen* für die Beibehaltung der *Sacramentswette* eintreten.

Bei einer Actionengruppe, bei den (civilen) *Vindicationen* war übrigens im Kampfe der Processsysteme der innere Wert nicht das allein massgebende, weil hier noch ein äusseres Moment mit hineinspielte, der feststehende Grundsatz nämlich, dass ein Rechtshandel mittels Schriftformel nicht vor das *Judicium* der Zehn- und Hundertmänner gelangen kann. Auf diesem beschränkten Gebiete

war also die Fortdauer der Legisactio so lange wenigstens gesichert, als die ständigen Gerichte im Volke besonderes Vertrauen und hohes Ansehen genossen.

Hundert Jahre nach Erlassung der Aebutia kam wohl das alte Verfahren in den Fällen der ausschliesslichen Competenz des *iudex unus* nur mehr ganz ausnahmsweise zur Anwendung. *Condictio* und *iudicis postulatio* werden daher zuerst aus dem Gerichtsgebrauch verschwunden sein. Für Decemviral- und Centumviralsachen aber scheint die Praxis als thatsächliche Regel den Satz festgestellt zu haben: *legis actio sacramento* da, wo ein Gerichtshof, *formula* da, wo ein Einzelrichter das Urteil fällen soll. Ersteres hing nicht vom Belieben der Parteien ab, Letzteres dagegen war, wie ich glaube, rechtlich keineswegs geboten. Auch in Centumviralsachen konnte vermutlich der mittels Spruchformel instruierte Process vor den Iudex gebracht werden; nur wird das in der Wirklichkeit bald nicht mehr geschehen sein, weil in den Fällen ganz freier Wahl die Legisactio ohne Zweifel überall den Kürzeren zog.

In Betreff der *manus iniectio* kann auf die obigen Ausführungen im § 9 verwiesen werden. Das Schicksal der *pignoris capio* ist weiter unten (§ 16) in dem Abschnitt über die *legis actio damni infecti* genauer erörtert. Da die Pfändung zwar *certis uerbis*, doch nicht *in iure* geschehen musste, entstand unter den Juristen Meinungsverschiedenheit darüber, ob dieser *modus agendi* zu den *legis actiones* gehöre, deren Entbehrlichkeit die reformirenden Judicialgesetze verkündigten. Daraus allein erklärt sich meines Ermessens der von Gaius (IV. 29) bezeugte Juristenstreit über die Legisactionennatur der *pignoris capio*. Eine rein terminologische Controverse der *iuris auctores* wird man

schwerlich annehmen dürfen. Dagegen bleibt es allerdings sehr zweifelhaft, wann die *plerique* lebten, *quibus placebat hanc quoque actionem legis actionem esse*. Die Existenz einer formlosen *pignoris capio* unter dem Principat ist ziemlich sicher¹⁾. Ob aber dieses Institut neben den praetorischen Klagformeln mit Fiction, welche die Pfändung in einer Richtung ersetzen sollten, in die Vorjulische Zeit hinaufreicht, das lässt sich nicht ausmachen.

Auch die Frage ist recht schwer zu beantworten, ob ausser den bei Cicero erwähnten Spruchformeln mit folgendem Judicium des Einzelrichters gegen den Ausgang der Republik noch viele andere Legisactionen dieser Art im Gebrauche waren, und ob es damals noch eine erhebliche Zahl von Civilklagen gab, die ausschliesslich in der älteren Processform geltend gemacht wurden.

Sollen wir beispielsweise annehmen, dass in den letzten Jahrzehenden des Freistaats Schriftformeln der *actio furti nec manifesti* und *a. rationibus distrahendis* weder proponirt waren noch sonst im praetorischen Gerichte vorkamen? Die bejahende Antwort scheint mir wenig wahrscheinlich, besonders in Anbetracht der Julischen Gerichtsordnung, in der wohl nur die Praxis jener Zeit gesetzlich fixirt und das Zurückgreifen auf veraltete Formen ausgeschlossen ist. Es dürfte also damals die Liste der, überhaupt noch praktischen, Civilklagen im Album kaum mehr nennenswerte Lücken gezeigt haben.

Im Vorstehenden ist nebenbei auch schon angedeutet,

¹⁾ Vgl. Lex metalli Vipasc. Z. 35, 41, 42, 45 mit Gai. IV. 28—31; dazu Pernice in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 129, 130. Wegen der (nicht bestimmbaren) *pignratio* bei Cic. in Verr. III c. 11 § 27 s. oben S. 90, 91.

wie es sich verhält mit der von den meisten Gelehrten²⁾ zu Unrecht gelegneten Einführung der Schriftformel durch die Lex Aebutia. Während sich Keller über diesen Punkt gar nicht äussert, stellt es Bethmann-Hollweg ganz ausdrücklich in Abrede, dass das Reformgesetz „die Formel eingeführt oder gar vorgeschrieben habe“. Seiner Meinung nach war die Formel „keine neue Legisactio“; vielmehr bestand der Inhalt der Lex nur darin, dass sie „den Praetor ermächtigte (an Stelle der abgeschafften Legisactio) zu einem an den Judex gerichteten Befehl, nach Gesetz und Recht zu verfahren“. „So sei also die Form (der Klage) in die Macht des Praetors gestellt worden“.

Wenn ich richtig verstehe, tritt in diesen Worten dieselbe Anschauung zu Tage, der auch Rudorff huldigt, wenn er von der Aebutia behauptet, sie „substituirt dem altbürgerlichen System pontificischer Klagenbildung und legalisirter Eigenmacht (legis actiones) eine oberrichterliche Justizgesetzgebung und Rechtshilfe der Praetoren“³⁾. Später hat dann Puntschart diesen Gedanken weiter verfolgt oder doch zu völlig klarem Ausdruck gebracht⁴⁾, indem er unter Beistimmung von Brinz erklärte,

²⁾ Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II S. 6 und N. 7, Rudorff Rechtsgeschichte Bd. I S. 104, Puntschart Civilrecht S. 119—121, Rede S. 60, dazu S. 54, 55, Bekker Actiones Bd. I S. 91, Eisele Mat. Grundlage der Exceptio S. 165—167, Kuntze Excuse S. 248, 249, Brinz in der Münch. krit. Vierteljschr. Bd. XXIII S. 227, 228.

³⁾ Aehnlich Leist Rechtssysteme S. 9 N. 8: „Dass die L. Aebutia schriftliche *formulae* eingeführt habe, wird nirgends gesagt, sondern nur, dass dem Praetor bei Abfassung dieser *formulae* ein freieres Ermessen zugestanden wurde“. Ich möchte wissen, wo Leist diese Nachricht gefunden hat!

⁴⁾ P. selbst glaubt allerdings sich im Gegensatz zu befinden zur

das Formularverfahren auf Grund des ersten Reformgesetzes sei ein Institut des praetorischen Rechtes gewesen.

In anderem Sinne als die eben erwähnten Schriftsteller haben noch Bekker und Eisele Widerspruch erhoben gegen die gesetzliche „Einführung“ der jüngeren Processform. Formulae seien auch vorher schon vorhanden gewesen; nach Bekker als Beweisurkunden überall neben der Legisactio, nach Eisele wenigstens in dem von der Lex Silia und Calpurnia angeordneten Verfahren. Kuntze endlich führt auf das Aebutische Gesetz ebenfalls nur die Aufhebung des alten Processes zurück und scheint im Uebrigen nicht bloß das von Bekker Ausgeführte zu billigen, sondern auch Bethmann-Hollweg zu folgen.

Einmütig berufen sich alle hier genannten Autoren zum Beleg auf Gai. IV. 30 und Gell. XVI. 10, 8, nach meinem Dafürhalten ohne zureichenden Grund. Ueber die letztere Stelle ist weiter oben S. 60 bereits das Nötige bemerkt. Dort ist gezeigt, welche Bewandtniss es in Wirklichkeit hat mit der *antiquitas consopita* im Munde unseres öfterwähnten Practicus, und wie wenig es bedeuten will, dass er kein Wort sagt von dem positiven Inhalt der Gerichtsordnung. Auf Grund der Institutionen aber wäre man schwerlich verfallen auf die jetzt gäng und gebe Ansicht, dass die Aebutia bloß „destruiren“ wollte, wenn nicht die missverstandene Gelliusstelle dazu aufgefordert hätte, den darin entdeckten Gedanken auch bei Gaius l. c. zu suchen und zu finden.

gemeinen Ansicht; vgl. Münch. krit. Vierteljahrsschrift Bd. XXVIII S. 522, 523. — Der Theorie von A. S. Schultze ist schon in der Einleitung (S. 2) gedacht. Gegen die Annahme (M. S. Mayers), dass die Formeln „dem praetorischen Rechte entstammen“, hat sich Eisele a. a. O. S. 32 N. 25^a ausgesprochen.

Per legem Aebutiam et duas Iulias — so berichtet der Jurist — *sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta uerba, id est per formulas litigemus.*

Kein unbefangener Leser wird, glaube ich, aus diesem Satz allein die herrschende Auffassung herauslesen. Nur wer mit feststehender Meinung an die Stelle herantritt, kann sich veranlasst fühlen, die Worte *per legem Aebutiam* bloß mit der Abschaffung der Legisactionen in Verbindung zu bringen, um das *efficere* (*ut per formulas litigemus*) aus einer anderen von Gaius verschwiegenen Quelle herzuleiten. Derselbe Vorwurf träfe eine Auslegung, welche die Beseitigung des alten Systems der einen, den Neubau der anderen Lex zuschreiben wollte. Was wäre das auch für ein merkwürdiges Gesetz gewesen, das durch Aufhebung einer grösseren oder geringeren Anzahl von Legisactionen ein Vacuum geschaffen hätte, ohne doch selbst wieder die Ausfüllung der Lücke zu bewirken.

Die Annahme aber, das Gesetz könnte durch Abschaffung des altcivilen Processes — in welchem Umfang immer — nur Platz gemacht haben für eine praetorische Rechtsbildung auf diesem Gebiete, ist ohne Zweifel unhaltbar. Mit so völlig überflüssigen Rogationen wurden die römischen Volksversammlungen sicher nicht behelligt. Hätte man die allmälige Ersetzung des Legalprocesses durch ein honorarrechtliches Verfahren gewünscht, so bedurfte es zu diesem Zwecke nicht erst der Beseitigung der Legisactionen; dazu waren die Praetoren ohnedies durch ihr Imperium ermächtigt.

Puntschart scheint auch diesen Einwand sehr ernstlich erwogen zu haben. Denn er macht aus der „Gerichts-

ordnung“, von der wir sprechen, ein Verfassungsgesetz, durch welches dem Praetor urbanus erst die ihm bis dahin mangelnde „potestas iuris civilis supplendi et corrigendi“ verliehen wäre, und folgert daraus weiter, dass die Lex Aebutia das altcivile Processrecht so wenig *ipso iure* beseitigte als sie neues Civilrecht schuf. Schade nur, dass dieses Aebutische „Verfassungsgesetz“ nichts Anderes⁵⁾ zur Grundlage hat als einen verderbten Text (Gell. XX. 10, 9)⁶⁾, und dass ausserdem die behauptete Aufhebung (*tollere iure honorario* ein Unding ist⁷⁾!

Wenn übrigens Rudorff und Bethmann-Hollweg nicht zu ähnlichen Ergebnissen gelangten wie Puntschart, so erklärt sich dies einfach daraus, dass sie den flüchtig hingeworfenen Gedanken nicht ganz zu Ende dachten. Die Wurzel aber jener missverständlichen Gaiusauslegung scheint mir zu liegen in dem schon öfter gerügten Vermengen der gesetzesausführenden und der frei schaffenden Thätigkeit des Magistrats, das wenigstens in Rudorffs Schriften deutlich nachzuweisen ist. Weil die neue Gerichtsordnung die Formulirung der Klagen, die früher zunächst (doch nicht ausschliesslich) Sache der Parteien war, wesentlich in die Hände der Praetoren legte, glaubte man sich befugt allen Schriftformeln das Praedicat „praetorisch“ beizulegen, um

⁵⁾ Die übrigen (belanglosen) Belegstellen hat Puntschart von Hushke *Incerti auctoris expositiones* p. 60–66 übernommen, der zuerst die Ermächtigung der Praetoren zur Rechtsatzung aus der Lex Aebutia abzuleiten versuchte. In erheblich abgeschwächter Fassung ist Hushkes Theorie in Puchtas *Institutionen* Bd. I § 80–82 übergegangen und so bald gemeine Meinung geworden; folgerichtig weiterentwickelt und auf die Spitze getrieben ist sie erst von Puntschart.

⁶⁾ Vgl. dazu das auf S. 26 Gesagte.

⁷⁾ S. oben S. 62.

dann bald das ganze neuere Actionen- und Processrecht für „praetorisch“ d. h. für *ius honorarium* auszugeben⁸⁾. So unverfänglich jene erstere Abweichung von dem quellenmässigen Sprachgebrauch schien, so schwerwiegende Missverständnisse sind daraus hervorgegangen: vornehmlich dieser Unfug und daneben die Verwechselung des Actionen- und des Processrechts haben meines Ermessens der vollen Ausbeutung des Gaius für die Geschichte des Formularverfahrens im Wege gestanden.

Lassen wir uns aber weder durch Gellius noch durch eine der beleglosen modernen Theorien beeinflussen, dann werden wir nicht zögern, die Institutionenstelle als Zeugnis anzuerkennen sowohl für die directe Aufhebung der alten wie für die volksrechtliche Anordnung einer neuen Processform. Ob die Worte *effectumque est, ut litigemus* gerade die eigentümliche Art und Weise andeuten sollen, wie die Schriftformel auf Grund der Aebutia thatsächlich

⁸⁾ Belege für die im Text aufgestellte Behauptung sind gesammelt in meinen Kritischen Studien § 3. Ich füge noch bei Kuntze in der Münch. krit. Vierteljschr. Bd. IX S. 544 und Excuse S. 249 Z. 20. Uebrigens muss ich fürchten, den citirten Abschnitt meiner Studien (S. 19—22) vergeblich geschrieben zu haben, wenn neuestens (1886) wieder P. Krüger (Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XX² S. 104 n. S. 105) von dem „Jus honorarium“ sprechen kann, das angeblich in dem ersten, der Edictsordnung folgenden Teil der Digestenwerke dargestellt war. Man darf nicht sagen, die Civilrechtsmaterien seien „mitberücksichtigt“, seien „aufgenommen“ in die Edictscommentare und in die Digesten (Kr. S. 96); vielmehr konnten sie gar nicht wegbleiben, wenn eine vollständige Erläuterung des Albums beabsichtigt war, da dieses neben den praetorischen die civilen Formeln enthielt, und zwar keineswegs bloss als Anhang oder als Nebensache, sondern — in der Julian'schen Bearbeitung wenigstens — als wesentliche Bestandteile des Systems (s. Wlassak Edict S. 91, 92, 31, 32). Das civile Actionenrecht aber ist nun einmal, trotz Krüger, nach den Quellen nicht „Jus honorarium“.

zur Geltung gelangte, das wird nicht leicht zu entscheiden sein; gewiss aber hätte Gaius gar keinen passenderen Ausdruck wählen können als den uns vorliegenden, wenn es ihm wirklich darauf ankam, kurz hinzuweisen auf das oben geschilderte allmälliche Vordringen der Schriftformel in der Praxis des Praetor urbanus.

Darnach trage ich nun auch kein Bedenken, eine Auffassung der Formula ex lege Aebutia ausdrücklich gutzuheissen, die von Bethmann-Hollweg ebenso ausdrücklich verworfen wird, den Satz nämlich, dass durch das Reformgesetz eine neue Legisactio⁹⁾ eingeführt sei. Allerdings ist das neue Verfahren kein Process mit solenner Parteidrede mehr, wohl aber ein Verfahren nach dem Gesetze, ein *lege agere* also im ursprünglichen Sinn dieser Worte, wenn man will: eine Legisactio neueren Styls, die nur darum von den Römern nie so benannt wurde, weil mit diesem Ausdruck schon die Vorstellung eines Spruchformelverfahrens unzertrennlich verbunden war, und weil man überdies gelernt hatte, Klage und Process (*iudicium*) genauer zu unterscheiden¹⁰⁾.

Zum Schluss wäre noch Bekkers¹¹⁾ Einwand gegen die

⁹⁾ In der von Bekker Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. V S. 343, 344, Actionen Bd. I S. 88 N. 23 festgestellten Bedeutung.

¹⁰⁾ Vgl. oben S. 30, 31.

¹¹⁾ Es würde zu weit führen, wenn ich Eisele (oben S. 160 und N. 2) besonders widerlegen wollte, dessen Beilage III (Probabilia) viel Anfechtbares enthält. Keller noch überbietend nimmt Eisele Formularprocess an nicht blos nach der L. Calpurnia, sondern auch nach der L. Silia. Meines Erachtens verdient schon Kellers Vermutung keinen Beifall. Dieselbe steht unlegbar in schroffem Widerspruche mit den Quellen, denen zufolge die schriftliche Anweisung erst durch die Aebutia zur gesetzlichen Processform wurde. Keller aber schien ein Verbindungsglied notwendig zwischen dem alten und dem neuen System. In der Condictio glaubte er eine passende Trägerin dieser Rolle gefunden zu

hier behauptete gesetzliche Einführung der *concepta uerba* in Betracht zu nehmen. Der Process auf Grund der Aebutia — meint dieser Gelehrte — sei durchaus nichts Neues gewesen. Allein es ist bereits in anderem Zusammenhang (S. 64, 65) dargelegt, dass Bekkers Schriftformel im Legislationenprocess in Wahrheit etwas wesentlich Anderes ist als die *formula* des späteren Verfahrens.

Wie aber, wenn doch Huschke im Rechte wäre, — was ich allerdings behaupten möchte — wenn die *concepta uerba* in derselben Bedeutung, die ihnen später im gesetzlichen Verfahren vor dem Stadtpraetor zukam, vorher schon bekannt waren im Fremdengericht? Offenbar ist auch dies durchaus kein Hinderniss, von der Einführung der Formel durch die Lex im Bürgerprocesse zu sprechen, und nur das kann noch die Frage sein, ob die Aebutia wirklich blos den Process im Gerichte des Stadtpraetors regeln wollte. Es wird weiter unten gezeigt werden, dass diese Voraussetzung in der That zutrifft.

Uebrigens liegt mir die Absicht fern, auf das Wort „Einführung“ besonderes Gewicht zu legen. Wie der Ausdruck in meinem Sinne zu verstehen sei, das mag dem auf S. 155—158 Ausgeführten entnommen werden. Mit dieser Verweisung glaube ich auch möglichen Missverständnissen genügend vorzubeugen, insbesondere die Annahme auszuschliessen, als ob dem Aebutischen Gesetze meinerseits ein Verzeichniss der zulässigen Schriftformeln im Wortlaut zugesprochen wäre. Daran ist natürlich nicht zu denken; in diesem besonderen Sinne sind aber auch die

haben, weil die Quellen uns über den Charakter dieses *modus agendi* ganz im Dunkeln lassen. Ein anderes und besseres Argument vermag ich nicht zu finden.

Spruchformeln keineswegs *lege* eingeführt¹²⁾. Ob nicht doch in den Text der neuen Gerichtsordnung ein oder mehrere Formulare als Muster für die praetorische Praxis aufgenommen waren, das steht dahin. Auf die Analogie der Lex Rubria, die sich an nichttrömische Magistrate wendet, dürfte man sich keinesfalls berufen. Und gewiss sind die in Frage stehenden Formelbeispiele wenig wahrscheinlich, wenn man voraussetzt, dass die Handhabung des Formelmechanismus schon vor dem Reformgesetz im Peregrinengericht erlernt werden konnte.

Wer aber nach diesen Bemerkungen den Ausdruck „Einführung durch das Gesetz“ nicht mehr passend fände, der wähle immerhin einen anderen, doch von ungefähr gleichem Werte. Wesentlich kommt es nur darauf an, die vom Praetor (urbanus) verfasste, für den Judex bestimmte Anweisung, mag dieselbe im Uebrigen ihren Inhalt aus dem materiellen Volks- oder Amtsrecht herholen, als eine auf der Lex Aebutia beruhende Einrichtung anzuerkennen, die hauptsächlich vorgeschrieben war als Ersatz für die Spruchformeln: mit andern Worten als eine gesetzliche oder legitime Processform. Somit sind wir dahin gelangt, sagen zu können: das erste Reformgesetz ist die Quelle der ältesten *iudicia legitima*, des „gesetzlichen“ Verfahrens und des „gesetzlichen“ Gerichtes.

¹²⁾ Vgl. Wlassak Edict S. 93 N. 10, S. 117 N. 11.

Drittes Capitel.

Die Julischen Gesetze und der Process nach der stadtrömischen Gerichtsordnung des Augustus.

§ 13. Julische Gesetze des Dictators Caesar.

Die Neugestaltung des römischen Civilprocesses ist nach Gaius fortgeführt und vollendet durch zwei Julische Gesetze (*duae Iuliae*). Wem sind diese Leges zuzuweisen; haben sie denselben Urheber; welcher Zeit gehören sie an, und was ist ihr Inhalt? Das sind die Hauptfragen, die sich an die kurze Notiz des Juristen anknüpfen, der selbst zur Beantwortung der drei ersteren gar keinen, zur Beantwortung der letzten Frage nur einen sehr dürftigen Beitrag liefert.

Dass das eine von den beiden Julischen Gesetzen die „umfassende Civilprocessordnung des Augustus“ sei, hält man allgemein für eine ausgemachte Sache. Zweifel werden nur darüber geäußert, ob die andere *Julia* ebenfalls von dem genannten Kaiser oder vom Dictator Julius Caesar gegeben sei. Es wird sich empfehlen, vor Allem die quellenmässige Grundlage genauer zu prüfen, auf der die

hergebrachte Ansicht¹⁾ beruht, da dies meines Wissens in neuerer Zeit nicht mehr geschehen ist.

Verweisungen auf Julische *leges iudicariae* oder *iudiciorum*, d. h. Geschwornen- und im weiteren Sinne überhaupt Gerichtsordnungen, kommen bei den Juristen ziemlich häufig vor, immer aber ohne nähere Bestimmung des Urhebers. Um diesen zu ermitteln müssen die gelegentlichen Notizen über Reformen des Gerichtswesens benützt werden, die wir bei Cicero, Sueton, Dio Cassius und anderen nichtjuristischen Schriftstellern finden.

Dem älteren Caesar werden von Dio zweimal²⁾ Judiciargesetze zugeschrieben, zuerst im Consulatsjahr 695, dann in der Zeit der Dictatur (708). Beidemale bemerkt unser Gewährsmann ausdrücklich, dass es nicht seine Aufgabe sei, über die *Leges Juliae* eingehend zu berichten.

¹⁾ Vgl. Heffter *Observationes* p. 29—31, Puchta *Institutionen* Bd. I § 163 N. c, Keller *Civilprocess* § 23 S. 111, Rudorff *Rechtsgeschichte* Bd. I S. 95, 96, Bd. II S. 91 N. 2, Bethmann-Hollweg *Civilprocess* Bd. II S. 9 N. 16, auch in der *Zeitschr. für gesch. R.W.* Bd. V S. 384, Lange *Altertümer* Bd. II S. 617 (2. A.), Bekker *Actionen* Bd. I S. 91, Huschke *Multa* S. 266, Punschart *Rede* S. 14, Pernice in *Holtzendorffs Encyclopädie* S. 131 (4. A.), Hartmann-Ubbelohde *Ordo* I S. 307, 465, Karlowa *Legislationen* S. 253, 259, *Rechtsgeschichte* Bd. I S. 619, 620, Landucci *Storia del diritto romano* § 30 N. 4, 12 (p. 66, 67).

²⁾ L. XXXVIII c. 7: *ἔπειτα δὲ (ὁ Καῖσαρ) καὶ ἄλλα πολλὰ διανομοθέτησε, μηδενὸς ἐναντιούμενον. οὐδὲ γὰρ οὐδ' ὁ Κάτων ἀντιῆπεν τι, καίπερ ἐν τῇ στρατηγίᾳ . . . μηδαμοῦ τῆς τῶν νόμων αὐτοῦ προσηγορίας, ὡς καὶ Ἰουλίῳ ἐπικαλούμενων, ἐπιμνησθεὶς. τὰ γὰρ δικαστήρια κατ' αὐτοὺς ἀποκληρῶν τὸ ὄνομα αὐτῶν γελιοῦ-τάτα ἀπεκρύνετο. — L. XLIII c. 25: . . καὶ ἐνομοθετεῖτο πολλά· ὧν ἐγὼ τὰ μὲν ἄλλα παραλείψω, τῶν δὲ δὴ λόγου μάλιστα ἀξίων μνησθήσομαι. τὰ τε γὰρ δικαστήρια τοῖς τε βουλευταῖς καὶ τοῖς ἱππεῦσι μόνοις ἐπέτρεψεν.* Unter dem Jahre 710 (XLIII c. 50) meldet Dio nur: *νόμους ἐξέφερε*.

Und so erfahren wir denn in Betreff der consularischen Gesetze von 695 nur, dass sie von der Ausloosung der Richter handelten, und dass Cato als Praetor, wenn er einer Caesarischen Lex gedenken musste, den Namen derselben lächerlicher Weise verschwieg. Praetor war der jüngere Cato im Jahre 700, und zwar Vorsteher des Repetundengerichtes, vor dem sich auch der bekannte Process des M. Scaurus abspielte³⁾. So dürfte es also die von Cicero schon in der Rede pro Sestio⁴⁾ (c. 64 § 135) von 698 erwähnte *lex Iulia repetundarum* sein, welche Cato am häufigsten anzurufen in der Lage war, keineswegs eine Civilprocessordnung.

Dieser Umstand und mehr noch die Erwägung, dass Caesar in der stürmischen Kampfzeit kaum ein Gesetz über die Form des Civilverfahrens vorlegen mochte, lassen es rätlich erscheinen, die Leges von 695 einstweilen gar nicht in Rechnung zu ziehen. Viel wahrscheinlicher ist von vornherein die Annahme einer den Civilprocess betreffenden Gesetzgebung in der Zeit der Dictatur.

Doch meldet Sueton (I c. 41 in f.) nur genau Dasselbe, was auch Dio unter dem Jahre 708 berichtet: die Ausschlössung der *tribuni aerarii* von der Geschworenenliste. Auf diese Massregel könnten sich auch die an Caesar gerichteten Worte: *constituenda iudicia* in Ciceros Rede pro Marcello (c. 8 § 23) beziehen; während es in der ersten Philippica (c. 8 § 19) allerdings heisst: *ea lege*

³⁾ Vgl. Plut. Cato min. c. 44, Asconius in Scaur. (Orelli p. 19, 20, 30), Valer. Max. III c. 5 § 7; s. auch Mommsen Röm. Geschichte Bd. III⁷ S. 329.

⁴⁾ Dann pro Rabirio Post. c. 4 § 8, c. 5 § 12; mehr Belege bei Rudorff Rechtsgeschichte Bd. I § 31 N. 16.

(des Antonius), *quae promulgata est de tertia decuria iudicum, nonne omnes iudiciariae leges Caesaris dissoluuntur*⁵⁾? Darnach hat es jedenfalls mehrere Gesetze des Dictators über das Gerichtswesen gegeben. Nichts aber deutet hin auf eine Lex über das Civilverfahren⁶⁾. Ausser an die Geschworenenordnung⁷⁾ denkt wohl Cicero an die *leges Iuliae de ui* und *maiestatis*, deren Bestand dieselbe Rede (in c. 9 § 23) als bedroht bezeichnet durch den Antrag des Antonius auf Zulassung der Provocation.

In dem bisher vorgeführten Material haben wir Nichts gefunden, was auf Abschaffung der Legisactionen durch ein Caesarisches Gesetz schliessen lässt. Freilich ist das Still-

⁵⁾ Dazu noch c. 10 § 24: *...isque legibus rem publicam contineri putabat, de prouinciis, de iudiciis, eas, inquam, Caesaris leges, nos, qui defendimus acta Caesaris, euertendas putamus?*

⁶⁾ Auch nicht Dios Erzählung (XLII c. 22; dazu Caes. bell. civ. III c. 20, 21), dass M. Caelius den Praetor urbanus Trebonius gehindert habe, nach Caesars Gesetzen Recht zu sprechen. Gemeint sind die Schuldengesetze von 705 (Dio XLI c. 37, 38, Caesar I. c. III c. 1, Sueton I c. 42, Mommsen Geschichte Bd. III S. 534, 535).

⁷⁾ Rudorff Rechtsgeschichte Bd. I S. 94 zu N. 14 denkt anscheinend nicht an eine besondere Lex Caesaris über die Judices in den verschiedenen Gerichten, sondern an mehrere gleichlautende Bestimmungen über die Geschworenenwahl in den einzelnen Processgesetzen. Das ist m. E. wenig wahrscheinlich. Seit dem Gracchischen Richtergesetz von 632 hat es wohl immer eine Lex iudiciaria gegeben, welche allgemein die Fähigkeit zu den Geschworenenstellen, bzw. seit 684 die Voraussetzungen für die Aufnahme in die Grundliste regelte. Ein Gesetz dieser Art werden wir auch dem Dictator Caesar zuschreiben müssen. Freilich war das generelle Gesetz kaum jemals schlechthin für alle Gerichte massgebend (s. Mommsen Staatsrecht Bd. III¹ S. 530 N. 4, S. 535 N. 3), und die Specialgesetze konnten auch das in dem Grundgesetz Gesagte wörtlich wiederholen (Mommsen I. c. S. 531 N. 1). Vgl. übrigeus Geib Geschichte d. röm. Criminalprocesses S. 209, dazu Mommsen in der Jenaer Litteraturzeitung von 1844 S. 259, neuestens Staatsrecht Bd. II¹ S. 219, II² S. 917, 918, III¹ S. 527—539, auch Zumpt Criminalrecht Bd. II² S. 198—216.

schweigen der Quellen allein noch kein genügender Beweisgrund; dazu treten aber noch andere stärkere Argumente, die ebenfalls der Annahme einer solchen Lex entgegenstehen. Herleiten können wir dieselben aus den oben auf S. 87—92 citirten Stellen, die dort den Fortbestand der *Legisactio* nach der *Aebutia* darthun sollen.

Um diese Quellenäusserungen auch hier nutzbar zu machen zur Bekräftigung der soeben aufgestellten Behauptung, bedarf es nur weniger Worte. Jene Stellen stammen nämlich zum grössten Teil aus den Werken des Cicero; daneben ist noch ein Capitel der *Lex Ursonensis* genannt. Nun sind aber von den Ciceronischen Schriften alle, die hier und dort in Betracht kommen, — nur mit Ausnahme der Rede für *Caecina* und *Murena* — erst nach *Caesars* Consulatsjahr verfasst, einige erst nach 708⁵⁾, so insbesondere die drei Bücher *De natura deorum*, welche das wichtige Zeugniß über die Spruchklage des Bestohlenen enthalten. Das Julische Coloniegesetz endlich mit dem c. 61 über die *legis actio per manus iniunctionem* fällt bekanntlich ins Jahr 710, in das Todesjahr des Dictators.

Somit ist das Eine wenigstens gewiss, dass der Rechtszustand, den *Gaius* als das Ergebniss der *duae Iuliae* hinstellt, nicht auf Caesarischen Gesetzen beruht. Immerhin bleiben dann noch zwei Aufstellungen möglich. Entweder wir schreiben dem Dictator zwischen 708 und 710 ein Gesetz zu über das Verfahren vor dem Stadtpraetor, welches das Prinzip der *Aebutia* noch beibehalten und die Aufhebung der Spruchformeln nur irgendwie vor-

⁵⁾ Vgl. Teuffel Litteraturgeschichte S. 319—322, 328, 331, 343, 347.

bereitet hätte. Oder wir nehmen eine Lex Caesaris an, durch die zunächst der Process vor einem Quaestionsvorsteher neu geregelt, und nur nebenbei die bis dahin vor dem Fremdenpraetor⁹⁾ zulässige Legisactio beseitigt wäre.

Das Erstere führe ich nur deswegen an, um keinen denkbaren Ausweg unversucht zu lassen. Denn sicherlich ist es im höchsten Grade unwahrscheinlich, dass ein kühner Reformator wie Caesar sich gescheut hätte, den längst schnittreifen Legisactionenprocess gründlich aus dem Wege zu räumen. Auch wüsste ich gar nicht zu sagen, was denn eigentlich die vorausgesetzte Lex verordnet haben soll.

Die an zweiter Stelle erwähnte Erklärung ist von Rudorff vorgeschlagen, der noch genauer auf das schon oben genannte Repetundengesetz vom Jahre 695 hinweist¹⁰⁾. Indess ist es doch recht zweifelhaft, ob der Consul Caesar überhaupt noch ein *sacramento agere* auf Grund des Calpurnischen und Junischen Gesetzes oder sonst etwas Aehnliches vorfand. Und mag man dies auch zugestehen, so bleibt trotzdem Rudorffs Erklärung unannehmbar, weil dem Gaius ohne zwingende Gründe die Erwähnung einer Lex *iudiciorum publicorum* in den Institutionen nicht zuzumuten ist. Wie wäre der Jurist auch dazu gekommen, eines Repetundengesetzes zu gedenken, das vor mehr als zwei Jahrhunderten die Verfolgung der Amtsverbrechen in den

⁹⁾ Vgl. Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 202, 214 N. 5, Pernice in d. Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XX² S. 154, auch L. Acilia v. 12. Ueber die älteren Repetundengesetze sind nur luftige Vermutungen möglich.

¹⁰⁾ Bei Puchta Institutionen Bd. I § 163 N. c und in der Rechtsgeschichte Bd. II S. 91 N. 2. Zumpt Criminalrecht Bd. II² S. 322, 323 glaubt, das Julische Repetundengesetz habe über das Verfahren Nichts bestimmt. S. auch oben § 10 N. 6.

Formen des Civilprocesses gänzlich aufgehoben hatte, während doch jene *Julia*, die er im Sinne hat, bewirkt haben soll, *ut per concepta uerba litigemus?*

Demnach glaube ich auch den Auslegungsversuch von Rudorff verwerfen zu müssen und gelange so zum Schlusse, dass allem Anschein nach von den *duae Iuliae* keine den Dictator zum Urheber hat¹¹⁾. Bestätigt kann man diese Annahme noch finden durch Sueton I c. 44 und durch die aus anderer Quelle geschöpfte Notiz des Isidorus Orig. V. 1, 5¹²⁾, derzufolge Caesars Codificationspläne nicht zur Ausführung gelangt sind: *leges . . . redigere . . . coepit, sed ante interfectus est.*

§ 14. Drei Gerichtsordnungen des Augustus — Gaius' *duae Iuliae*.

Wenn wir das Ergebniss der vorstehenden Erörterung im Auge behalten, werden die nicht ganz befriedigenden Zeugnisse, welche auf Augustus als Rogator der Julischen Gerichtsgesetze hinweisen, etwas gewichtiger erscheinen, als es wohl sonst der Fall wäre.

Die *Res gestae* des Kaisers, die man in erster Linie

¹¹⁾ Eine zweite Frage ist es, ob nicht in der Augusteischen Processordnung manche Gedanken Caesars ausgeführt sind. Andere legislative Schöpfungen des ersten Princeps können diese Herkunft nicht verleugnen. Wahrscheinlich trifft dies auch zu für die sog. *L. Julia de cessione bonorum*. Mommsen (Röm. Geschichte Bd. III S. 536) glaubt, noch Caesar selbst habe die Reform des Executionsrechts durchgesetzt. Doch fehlt es an Belegen. Vgl. übrigens oben S. 93.

¹²⁾ Bruns Fontes p. 406. Sueton I. c. spricht zunächst nur vom *ius civile*, dann von der *immensa diffusaque legum copia*. Dass auch eine Redaction des Civilprocessrechts beabsichtigt war, ist mindestens sehr wahrscheinlich.

zu Rate ziehen möchte, zählen leider dessen gesetzgeberische Thaten im Einzelnen nicht auf. Zweimal wird derselben gedacht, zuerst¹⁾ gelegentlich, wo von der Ablehnung der wiederholt (735, 736, 743) angebotenen *cura legum et morum* die Rede ist, und der Kaiser die Bemerkung beifügt, er habe die ihm gestellte Aufgabe gelöst kraft seiner tribunicischen Gewalt; dann nochmals (II. 12—14) mit den Worten: *Legibus nou[is] latis complura e]xempla maiorum exolescentia iam ex nost[ro] usu reduxi et ipse] multarum rer[um] ex[em]pla imitanda pos[teris] tradidi*. Wir erfahren also weder über die Zeit noch über den Inhalt der Augusteischen Gesetze etwas Genaueres; nur dass es sich um Comitialbeschlüsse²⁾ handelt, ist mit Sicherheit zu behaupten.

Die Frage, ob eine Processordnung unter jenen Leges war, beantwortet unzweideutig Macrobius (I. 10, 4): *unde et Augustus . . . (der Saturnalien wegen) in legibus iudiciariis³⁾ triduo seruari ferias iussit*. Eine weitere, offenbar zur selben Ferienordnung⁴⁾ gehörige Bestimmung teilt Sueton (Aug. c. 32 in f.) mit: die Hinzufügung von 30 Tagen zum *rerum actus*, *ne quod maleficium negotiumue impunitate uel mora elaberetur*.

¹⁾ Monum. Ancyrr. III 19—21 der griech. Uebersetzung, dazu Mommsens Commentar (Berlin 1883) p. 28—30 und Staatsrecht Bd. II¹ S. 686, 687.

²⁾ Vgl. das Edictum de aquaeductu Venafrano Z. 68: *[ex lege q]uae de iudiciis priuatis lata est* (C. I. L. t. X nr. 4842), auch Sueton Aug. c. 34, der von der Lex de maritandis ordinibus sagt: *hanc . . . perferre non potuit*, und Mommsen Staatsrecht Bd. II² S. 845, 846.

³⁾ Ohne Bedeutung ist Macrob. I. 10, 23: *ex edicto Augusti*.

⁴⁾ S. Husehke Das alte röm. Jahr S. 338, 339. Die gesetzliche Fixirung der Ferienordnung bezeugt auch Ulpian in l. 6 D. de fer. (2, 12): *. . . lege* (wahrscheinlich Julia) *cautum est*; vgl. noch Gell. XIV. 2 § 1.

Hier die Nebeneinanderstellung von *maleficium* und *negotium*, dort der Plural: *in legibus iudiciariis* lassen erkennen, dass mindestens zwei verschiedene Gesetze, und zwar eine Civil- und eine Strafergerichtsordnung übereinstimmend die Geschäftszeit der Gerichte regelten.

Bedürfte es noch eines Beweises, dass Augustus auch die Civiljustiz neu ordnete, so läge er in der bei Sueton⁵⁾ l. c. unmittelbar folgenden Nachricht über die Einrichtung einer vierten Richterdecurie, *quae iudicaret de levioribus summis*. Vor die Geschworenen dieser letzten Decurie wurden also jedenfalls Civilsachen, wahrscheinlich nur solche, verwiesen, während im Uebrigen unter den Kaisern zweifellos dasselbe Richteralbum für die Straf- und die Civilgerichte massgebend war⁶⁾.

Nach einer sehr verbreiteten Ansicht soll Augustus als untere Altersgrenze für alle in die Liste der *Judices* Aufzunehmenden das zwanzigste Lebensjahr festgestellt haben. Man behauptet dies unter Berufung auf Cuiacius (*Observat.* XXI. 32) und die ihm folgenden Suetonausgaben, welche das

⁵⁾ Vgl. auch Plinius *Hist. nat.* XXXIII c. 1 in f. (7) ed. Detlefsen. — Mommsen *Staatsrecht* Bd. II² S. 920 (dazu jetzt Bd. III¹ S. 535) spricht von „Regulativen, die der Kaiser für die Geschwornenthätigkeit zu erlassen hatte“. „So“ sei die vierte Decurie von Augustus eingerichtet (S. 920 N. 2). Allein die Aufstellung einer neuen Decurie *ex inferiore censu* ist gewiss keine Durchführungsverordnung mehr; das gesetzlich Normirte aber konnte Augustus nicht abändern. Sagt doch Mommsen selbst (II² S. 918 N. 1 = III¹ S. 528 N. 1), dass in den *Leges Juliae* die Qualification der Geschworenen geregelt war. Gesetzt diese *Leges* wären vom älteren Caesar gegeben: dürfte sich der Sohn seit 727 ohne Zustimmung des Volkes über dieselben wegsetzen? Wenn aber Augustus der Rogator ist, dann war auch unter dem Principat anerkannt, dass die Geschwornenordnung von der Volksversammlung festzustellen sei. [In der 3. A. von Bd. II² hat Mommsen den Abschnitt über die kais. Geschwornenernennung gestrichen u. verwiesen auf Bd. III¹ S. 527—539.]

⁶⁾ Vgl. Mommsen *Staatsrecht* Bd. II² S. 918, (III¹ S. 534—536), Bethmann-Hollweg *Civilprocess* Bd. II S. 59.

handschriftliche *tricensimo aetatis anno* in *uicensimo* verwandeln⁷⁾. Träfe diese Textänderung das Richtige, so wäre mit Hülfe der l. 41 D. de recept. (4, 8) von Callistratus ein neues Argument⁸⁾ für unser Beweisthema gewonnen, da der eben genannte Jurist ausdrücklich als eine Bestimmung der Lex Julia die anführt, *ne minor uiginti annis iudicare cogatur*.

Indess wird auf diesen Beweisgrund nach meinem Ermessen besser Verzicht geleistet. Ist auch der handschriftliche Text der Suetonstelle anfechtbar, so darf doch ein Besserungsvorschlag nicht⁹⁾ auf l. 41 D. cit., die vom Schiedsrichter handelt, gestützt werden, sondern muss vielmehr einerseits die L. Acilia v. 13 berücksichtigen, andererseits Ulpian's l. 57 D. de re iudic. (42, 1). Wenn nämlich das Repetundengesetz das vollendete dreissigste, Ulpian dagegen das fünfundzwanzigste Lebensjahr fordert, und die Nachricht des Sueton also lautet: der Kaiser habe in die Liste Judices aufgenommen *quinquennio maturius quam solebant*, so liegt es wohl am nächsten, statt XXX zu setzen: XXV. Freilich haben wir unter dieser Voraussetzung der Lex Julia einen besonderen Abschnitt über den Schiedsrichter zuzuschreiben; was jedoch keineswegs unwahrscheinlich ist. Vielleicht aus demselben Capitel über

⁷⁾ Angenommen ist diese Emendation von Puchta Inst. Bd. I § 154 N. y, Keller Civilprocess § 11 N. 173, Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 61 N. 19, A. W. Zumpt Criminalprocess d. röm. Republik S. 21 N. 3; vgl. aber Zimmern Civilproc. § 12 N. 11.

⁸⁾ Vgl. Bach Historia iurisprudentiae I. III c. 1 § 13 (p. 335 — ed. V).

⁹⁾ Dies hat schon Geib Geschichte des röm. Criminalprocesses S. 202—205 ausgeführt; Rudorff Rechtsgeschichte Bd. I § 39 N. 22 stimmt zu. Mommsen Staatsrecht Bd. II² S. 918 N. 3, Bd. III¹ S. 534 N. 1, S. 537 N. 5 will das handschriftliche *tricensimo* beibehalten.

das Compromiss, jedenfalls aus demselben Gesetze teilt Ulpian in l. 9 § 2 D. de recept. (4, 8) die Bestimmung mit: *iudex . . arbitrium recipere . . inue se compromitti iubere prohibetur lege Iulia*.

Doch kehren wir zurück zu den, das Gerichtswesen betreffenden Einrichtungen, die nicht blos als Julische bezeichnet sind, — deren giebt es genug — sondern die ausdrücklich auf Augustus zurückgeführt werden. So viel ich sehe, kommen noch in Betracht Sueton II c. 36 und Dio LIV c. 18.

Die erstangeführte Stelle enthält die bekannte Nachricht, *ut centumviralem hastam quam quaesturam functi consuerant cogere decemviri cogerent*¹⁰⁾. Ohne Zweifel war eine Verfügung dieses Inhalts ganz geeignet, in einer umfangreichen Lex Platz zu finden, die eine Ordnung der *iudicia priuata* weiteren Sinnes aufstellte, d. h. der Civilgerichte im Gegensatz zu den *quaestiones publicae*. Auch wenn das Praesidium der Decemviren nichts Neues war, sondern nur die Erneuerung eines in Vergessenheit geratenen Gebrauchs, so konnte doch eine entsprechende Vorschrift in dem römischen Gerichtsverfassungsgesetze nicht fehlen.

Noch mehr Wahrscheinlichkeit gewinnt diese Annahme, wenn gleichzeitig mit der Uebertragung jener Vorsteher-schaft den Zehnmännern ihr selbständiges Richteramt in Freiheitssachen genommen ward. Die letztere Thatsache ist zwar nicht besonders überliefert, trotzdem aber kaum zu bezweifeln, da die Decemviren von den Zeiten des

¹⁰⁾ Dazu Dio LIV c. 26, Pomponius l. 2 § 29 D. de O. J. (1, 2), Plinius Epist. V e. 21. Ueber den Praetor hastarius und die Zeit der Einsetzung desselben vgl. Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 216.

Wlassak, Röm. Processgesetz.

Augustus an zwar noch wiederholt genannt werden, doch immer nur in Verbindung mit dem Centumviralgericht. Das Stillschweigen der Quellen ist an diesem Punkte sicher nichts Zufälliges, vielmehr ein deutliches Zeugniß für die Nichtexistenz des Nichterwähnten¹¹⁾.

Dass endlich Sueton Einiges, was den Julischen Judicargesetzen entnommen ist, im c. 32, Anderes (die Reform des Zehnergerichts) im c. 36 mittheilt, entscheidet gewiss nicht gegen die behauptete Zusammenfassung aller aufgezählten Verfügungen im selben Gesetze. Der Biograph des Kaisers erzählt eben dessen *res gestae*, indem er eine Stoffgliederung zu Grunde legt, welche zuweilen die Anführung verschiedener Bestimmungen derselben Lex an verschiedenen Orten notwendig machte. So stellt er im c. 36, 37 die Anordnungen zusammen, welche sich auf die Magistrate und kaiserlichen Beamten bezogen. Zu den Magistraten gehörten auch die Decemviri; darum sind sie erst hier genannt, ebenso wie die Praetoren, nicht schon in dem Abschnitte, der das Gerichtswesen behandelt. Sonach steht Nichts im Wege, die Neuregelung der Decemviralcompetenz einem Capitel der Augusteischen Gerichtsordnung zuzuweisen.

Mit der Abschaffung der Legisactionen steht diese Verfügung in weit näherem Zusammenhang als die vorher

¹¹⁾ So Huschke Multa S. 500 N. 414, Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 592 zu N. 1, 2, Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 307, 530; Sohm Institutionen S. 148 N. 6; vgl. auch Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II S. 53, 331 und Rudorff Rechtsgeschichte Bd. II § 7 zu N. 34, 35 (*cogere* und *praeesse* ist allerdings Zweierlei, aber in derselben Hand vereinigt), dazu Bd. I § 39, wo die „Reorganisirung“ des Centumviralgerichts auf die Augusteische Lex iudiciaria zurückgeführt wird.

erwähnten Bestimmungen des Judiciargesetzes, da die Aufhebung des besonderen Zehnergerichts die Beseitigung der Spruchformeln in Freiheitssachen zur Folge haben musste, wenn es das Princip der Lex Julia war, die Instruction der Privatrichter nur mehr durch Schriftformeln zuzulassen. Freilich hätte das Gesetz an die Stelle der Zehnmänner die Centumviri setzen können; indess ist das weder recht glaublich noch irgendwo bezeugt. Die Quellen der Kaiser-epoche kennen als Richter in Freiheitssachen nur den Judex¹²⁾ und Recuperatoren.

Die zweite oben angeführte Stelle lasse ich ihrer Wichtigkeit wegen hier folgen¹³⁾. Dio erzählt unter dem Jahre 737 von Augustus:

¹²⁾ Belege für das Vorkommen des *index unus* bei der *adsertio ex servitute in libertatem*: Labeo l. 42 D. de lib. causa (40, 12), Paulus l. 23 § 2 D. eod. (Hadrian); bei der *petitio ex libertate in servitutum*: Gaius l. 9 pr. D. eod., Ulpian l. 8 § 1, 2 D. eod., vielleicht auch Imp. Alexander l. 4 C. de lib. c. (7, 16). S. ferner Paul. l. 41 § 1 D. h. t. (40, 12): *index qui de libertate cognoscit*, Ulp. l. 7 pr. D. de h. p. (5, 8): *index* und l. 7 § 1 in f. D. eod: *iudicem libertatis*, Pius l. 7 § 2 D. eod: *iudici liberalis causae*. Ich hebe diese Stellen hervor, von denen übrigens nicht alle gleich beweiskräftig sind, weil Lenel Edict S. 20 zu Gunsten der Recuperatoren ein bisschen stark mit dem Retouchirpinsel arbeitet. In l. 7 § 5 D. lib. c. (40, 12) hält L. (S. 310) *eum qui de libertate cogniturus est* für interpolirt. Das ist leicht möglich, nicht gewiss. Wenigstens deutet *cognoscere* nicht notwendig hin auf ein Cognitionsverfahren; s. unten S. 217. Dass die *iudices* der Pandekten meist byzantinischen Ursprungs sind (statt *recuperatores*), anerkennt auch Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 592 N. 1. Vgl. endlich Pernice in d. Festgabe f. Beseler S. 64, 65.

¹³⁾ Nach Dio LI c. 19 in f. ist dem Octavian im Jahre nach der Aktischen Schlacht (724), während er von Rom abwesend war, unter Anderem das Recht des sog. *calculus Minervae* *ἐν πᾶσι τοῖς δικαστηρίοις* und die Befugniß verliehen, *ἐκκλητὸν τε δικάζειν* (dazu Dio LII c. 33, Sueton II c. 33 in f.). Was das Letztere bedeuten soll, ist zweifelhaft. Joh. Merkel Abhandlungen II S. 46—50 glaubt: das Recht, „auf Anruf Civil- wie Criminalprocesse aus dem ganzen Reich

τοὺς ῥήτορας ἀμισθὶ συναγορεύειν, ἢ τετραπλάσιον ὅσον ἂν λάβωσιν ἐκτίνειν, ἐκέλευσε. τοῖς δὲ δικάζειν αἰὶ λαγχάνουσιν ἀπέπειν, ἐς μηδενὸς οὔλαδε τὸν ἐνιαυτὸν ἐκεῖνον ἐξέναι.

Beide Verbote, das erstere die Erneuerung und Verschärfung einer Cincischen Norm, könnte unser Gewährsmann in einer Augusteischen Gerichtsordnung gefunden haben¹⁴⁾. Zu hoher Wahrscheinlichkeit lässt sich diese Annahme bringen, wenn man die zweite von Dio erwähnte Bestimmung mit Dem vergleicht, was Modestin in l. 1 § 4 D. de lege Jul. amb. (48, 14) berichtet:

Et si quis reus uel accusator domum iudicis ingrediat, per legem Iuliam iudiciariam in legem ambitus committit, id est [aureorum centum fisco] inferre iubetur.

Offenbar sind es eng zusammengehörige Dinge, deren Kenntniss uns die beiden Schriftsteller, jeder zu einem Teil, vermitteln. Wie es den ausgelooten Geschworenen verwehrt war, während des Dienstjahres fremde Wohnhäuser zu betreten, so musste es auch den Parteien untersagt werden, die Judices aufzusuchen. Wenn nun das eine Verbot, das übrigens nur die Parteien im Strafprocesse trifft, ausdrücklich einer *lex Iulia iudiciaria*, das andere ebenso ausdrücklich dem jüngeren Caesar zugeschrieben wird, so ist es gewiss nicht zu gewagt, wenn man behauptet: beide Bestimmungen gehören einem Judiciargesetz des Augustus an.

an sich zu ziehen.“ [Ebenso Mommsen in d. 3. A. des St. R. Bd. II² S. 979¹.] Gewiss ist, dass Dio a. a. O. nicht aus einer L. Julia iudiciorum schöpft. Diese Gesetze können im J. 724 nicht erlassen sein. Vgl. noch Rudorff Rechtsgeschichte Bd. II § 85 N. 8, dazu aber Merkel l. c. S. 66 N. 6.

¹⁴⁾ Anders Zumpt Criminalprocess S. 98.

Bekräftigt wird diese Aufstellung noch durch Folgendes. Wie Modestin bemerkt, verfällt die Partei, welche gegen die *lex iudiciaria* verstösst, in die von der Lex (Julia) *ambitus* angedrohte Strafe. Das erstere Gesetz wird also auf das letztere verwiesen haben; mithin muss dieses, wenn es nicht etwa an demselben Tage durchgebracht ist, etwas älter sein als die Gerichtsordnung. Und in der That führt Dio (LIV c. 16) unter den Augusteischen Gesetzen des vorhergehenden Jahres (736) an erster Stelle eine Lex *ambitus* auf.

Darnach dürfte so Viel wenigstens erwiesen sein, dass Caesar der Sohn der Urheber der Julischen Strafgerichtsordnung ist, jenes umfassenden, in Capitel eingetheilten Gesetzes, das von den Juristen häufig, bald als *lex Julia iudiciorum publicorum* bald als *lex publicorum* schlechthin angezogen wird. Auch die Bestimmung, welche diesem Gesetze gegeben war, ist unschwer zu erkennen. Enthalten waren darin nur allgemeine Grundsätze der Gerichtsverfassung und des Strafverfahrens, welche für sämtliche Quaestionen Geltung hatten. Neben dem Hauptgesetz stand noch eine Reihe von Specialgesetzen, — darunter auch Augusteische — welche den Process vor den einzelnen Commissionen und die Verbrechensstrafen regelten.

Belege für das hier behauptete Verhältniss der *lex* zu den *leges Iuliae publicorum* sind kaum erforderlich. Schon der Name der ersteren beweist genug; doch vergleiche man etwa Ulpian fr. Vat. 197, 198 und Paulus in l. 3 pr. D. de accus. (48, 2) einerseits, l. 1 D. de publ. iud. (48, 1) von Macer andererseits. Diese Stellen zeigen, dass die *lex publicorum* der Juristen ein selbständiges Gesetz war, keineswegs bloß ein Sammelname für die ver-

schiedenen Gerichtsordnungen der beiden Julier¹⁵⁾. Prüft man dann noch die Angaben der alten Schriftsteller über den Inhalt unseres Gesetzes, so findet man das oben Gesagte durchaus bestätigt¹⁶⁾. Nur Normen von allgemeinerer Bedeutung, nicht solche, welche die Verfolgung einzelner Crimina betreffen, werden zurückgeführt auf die *lex publicorum*.

Sind die Andeutungen Dios in Betreff der Reform des Gerichtswesens chronologisch richtig, so hätte Augustus die Codification des Strafrechts mit der Revision der Specialgesetze begonnen, die nur bei einzelnen notwendig erschienen, um sie dann im Jahre 737 mit der generellen Gerichtsordnung zum Abschluss zu bringen. Auch die letz-

¹⁵⁾ Unrichtig Dirksen im Manuale sub v. Lex § 3 C. p. 586: *Lex s. Leges, id est Leges Iuliae iudiciariae*. [Vgl. Mommsen Staatsrecht Bd. III¹ S. 315 N. 2 in f.] Auch Ferrini Storia delle fonti del diritto romano p. 13—15, p. 46 N. 2 kennt nur *leges*, nicht die *lex iudiciarium*.

¹⁶⁾ Vgl. Ascon. in Scaur. p. 20 Orelli (dazu Tacitus de orat. c. 38), Papin. l. 2 pr. D. de acc. (48, 2): *ex lege publicorum* (Hal.), l. 2 pr. D. de cust. (48, 3), Venuleius l. 12 § 2 D. de acc. (48, 2), Ulp. fr. Vat. 197, 198, Paul. l. 4 D. de testib. (22, 5), l. 10 pr. D. de grad. (38, 10), l. 3 pr. D. de acc. (48, 2), Macer l. 3 § 1 D. de praeuar. (47, 15), Modestin l. 1 § 4 D. de leg. Jul. amb. (48, 14), Dio LVI c. 40. Dagegen gehören Ulp. l. 1 § 2 D. de ui (43, 16) u. l. 32 D. de poen. (48, 19) — was gegen Heffter Observationes p. 25, 26 bemerkt werden muss — nicht hieher. Der Florentinische Pandektentext ist ohne Zweifel verderbt. Statt *legibus Iulii . . publicorum et priuatorum* und *Iulia publicorum an Iulia priuatorum* ist zu schreiben in dem ersten Fragment: *legibus Iulii . . de ui publica et priuata*, in dem zweiten: *Iulia de ui publica an Iulia de ui priuata*. Zu l. 1 § 2 D. cit. vergleiche man den Index des Dorotheus bei Heimb. Bas. t. V p. 573 und § 6 l. de int. (4, 15), zu l. 32 D. cit. Bas. 60. 51, 29 (Heimb. t. V p. 867). Heffter stützt auf den Flor. Text die Behauptung, dass die *L. iud. priuat.* und die *L. de ui priuata* ein Gesetz gewesen sei, ebenso die *L. iud. publ.* und die *L. de ui publica*. S. noch Rudorff Rechtsgeschichte Bd I § 34 zu N. 14.

tere war sicherlich nichts ganz Neues, sondern hervorgegangen aus den älteren allgemeinen Geschwornenordnungen (*leges iudicariae*), doch ausgezeichnet vor diesen durch grösseren Inhaltsreichtum, der zum Teil erzielt sein mochte auf Kosten der Specialgesetze.

Minder ergiebig als für die *Lex publicorum* sind unsere Quellen — wenigstens die Justinianischen — für die *Lex priuatorum*. Die Compileren dürften in der ersteren mehr für ihre Zeit Brauchbares gefunden haben als in der letzteren. Um so wichtiger ist es, die Julische Civilgerichtsordnung als eine Art Parallelgesetz zur *Lex publicorum* anzuerkennen, weil unter dieser Voraussetzung das deutlichere Bild, das wir von dem einen Gesetze haben, dazu beitragen kann, unsere Vorstellungen von dem anderen zu ergänzen.

Das Verhältniss, in dem die beiden Leges zu einander standen, wird durch eine Bemerkung Ulpians in der Schrift *de officio praet. tutelaris* (Vat. 197, 198) einigermaßen erhellt. Der Jurist erörtert die Frage:

An bello amissi a tutela excusare debeant? nam et in fascibus sumendis¹⁷⁾ et in iudicandi munere¹⁸⁾ pro superstitionibus habentur, ut lege Iulia de maritandis ordinibus de fascibus sumendis et publicorum capite XXVI, item priuatorum capite uicensimo VII de iudicando cauetur. et puto constituendum, ut et a tutelis excusent . . . (197) Sed utrum soli filii an et nepotes debent prodesse? Subsistendum, quoniam lex quidem

¹⁷⁾ Vgl. Gell. II. 15 § 3—8, dazu Mommsen Staatsrecht Bd. I S. 39, 40.

¹⁸⁾ Vgl. Sueton V c. 15, Ulp. Vat. 194, l. 1 pr. D. de uac. (50, 5), Charisius l. 18 § 14 D. de mun. (50, 4).

priuatorum capite XXVII (ex) senatos appellat, lex uero publicorum capite XXVI liberorum facit mentionem. puto tamen eandem esse aequitatem in nepotibus, qui in locum filiorum succedunt, quae est in filiis (198).

Darnach war derselbe Gegenstand, den das eine Gesetz im sechsundzwanzigsten Capitel behandelt, im siebenundzwanzigsten des anderen geregelt und zwar im Wesentlichen übereinstimmend. Da auch die Zifferbezeichnungen der von Ulpian hier und dort ausgehobenen Capitel die denkbar geringste Abweichung aufweisen, so ist der Schluss wohl gerechtfertigt, dass ein ganzer grosser Abschnitt — darin unter Anderem sicherlich die Geschworenenordnung — nahezu gleichlautend in beiden Gesetzen vorkam.

Uebrigens gelangen wir zum selben Ergebniss schon auf Grund der Mitteilung des Dio Cassius. Dieser zufolge war der Hausbesuch den „ausgelooften Geschworenen“ untersagt, d. h. allen ¹⁹⁾ Richtern im Dienstjahr, nicht bloss den für die Quaestionen bestimmten; und ausser Zweifel steht es jedenfalls, dass das Verbot eines Anwaltshonorars sich ebenso bezog auf die Vertretung in Civil- wie in Strafsachen ²⁰⁾. So werden wir also zur Annahme gedrängt, die beiden Gerichtsordnungen, die schon des vielfach übereinstimmenden Inhalts wegen zusammengehören, auch zeitlich ganz nahe aneinander zu rücken. Sind sie nicht Zwillingsschwestern, wenigstens gleichzeitig promulgirt, so müssten sie doch nach Dio im selben Jahre (737) durchgebracht sein.

¹⁹⁾ Es fehlt wenigstens jeder beschränkende Zusatz.

²⁰⁾ Vgl. auch Keller Civilprocess § 55 N. 645.

Ist dem so, dann hätte Ulpian in den oben mitgetheilten Fragmenten die Julischen Gesetze in chronologischer Reihenfolge aufgezählt. Genannt ist an erster Stelle die Lex Julia *de maritandis ordinibus* von 736²¹⁾; der durch dieses Gesetz anscheinend in das bürgerliche²²⁾ Recht der römischen Gemeinde eingeführte Gedanke des *ius trium liberorum* wäre dann im folgenden Jahre vom Kaiser nochmals auf dem Gebiete des Gerichtswesens verwertet in den beiden Judiciargesetzen. Weit entfernt, Misstrauen zu erwecken gegen Dios Angabe, ist diese auf Ulpian gestützte Folgerung vielmehr geeignet, die Ueberzeugung zu befestigen, dass wie die Strafgerichts-, so auch die Civilprocessordnung in der That dem Jahre 737 angehört²³⁾.

²¹⁾ Vgl. Dio LIV c. 16, dazu LIV c. 11, Sueton II c. 34 und Mommsen im Commentar zu den Res gestae p. 30; a. A. ist Rudorff Rechtsgeschichte Bd. I S. 69.

²²⁾ Neu war die Begünstigung der Kinderreichen keineswegs; sie begegnet in Caesars Lex agraria von 695, betreffend den Campus Stellatis und den ager Campanus (Suet. I c. 20, Dio XXXVIII c. 7), und dann wieder im Jahre 708 nach Dios (XLIII c. 25; vgl. dazu Cic. pro Marc. c. 8 § 23) Andeutung: *πολυπαιδίας ἀθλα ἐπέθηνεν*. S. Mommsen Geschichte Bd. III⁷ S. 211, 533.

²³⁾ Dasselbe Jahr nimmt Voigt an in den Berichten der kgl. sächs. Gesellschaft d. W. Phil.-hist. Cl. Bd. 34 S. 108, 114; s. auch das Register zum Jus natur. p. XXXI. Rudorff Rechtsgeschichte Bd. I S. 95 verzichtet auf die Beifügung des Datums. Huschke hat früher im Röm. Jahr S. 339 die Zeit der Julischen Gerichtsordnungen anders bestimmt als später in der Multa S. 266. Dort nennt er das Jahr 727, hier 736. Keine Berücksichtigung verdient Cassiodors Chronik (Abhandlungen der kgl. sächs. Gesellschaft d. W. Phil.-hist. Cl. Bd. III S. 628), die unter dem Jahre 1 der Kaiseraera (727) berichtet: *Caesar leges protulit, iudices ordinavit*; vgl. Mommsen in den Abhandl. I. c. S. 568. Aus Velleius II c. 89 ist Nichts zu entnehmen; eben so wenig aus dem Augusteischen Edicte über die Venafraner Wasserleitung (Bruns Fontes p. 224). Vor den Worten in Z. 68: *quae de iudiciis privatis lata est* ist zwar ohne Zweifel zu ergänzen *ex lege* [scil. Julia]; allein die Zeit der Erlassung des Edicts ist nicht bestimmbar. Vgl.

Andererseits darf unsere Lex Julia keinesfalls der späteren Regierungszeit des Augustus zugewiesen werden. Dem stünde die l. 18 § 4 D. de dolo m. (4, 3) entgegen, worin sich Paulus bezieht auf ein Responsum des Juristen Trebatius, der die Dolusklage für zulässig erklärte, (si) *dolo cuius effectum est, ut lis temporibus legitimis transactis pereat*. Die beigefügte Begründung schliesst mit den Worten, die wohl dem Paulus angehören: *ne aliter observantibus lex circumscribatur*.

Welche *lex* hier gemeint sei, scheint mir nicht zweifelhaft, obwohl man darüber allerdings gestritten hat²⁴⁾. Indess ist es für unseren Zweck gar nicht erforderlich, den Schlusssatz in Betracht zu ziehen. Schon die *lis*, welche *temporibus legitimis transactis perit*, weist unzweideutig hin auf das Sprichwort bei Gaius IV. 104: *e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori*.

Hiernach war dem Trebatius, der schon aus Ciceros Briefen bekannt ist, und den wir später noch im Rechtsgelehrtenrat des Augustus²⁵⁾ finden, die neue Processordnung wohl bekannt. Doch muss der Jurist allen Anzeichen nach im Jahre 737 ungefähr im 70. Lebensjahre gestanden haben²⁶⁾. Ob er damals noch juristische Schriften herausgab, mag dahingestellt bleiben. Paulus benutzt, wie es scheint, ein Gutachten des Trebatius und kann dasselbe

Mommsen in der Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. XV S. 325, 326 und jetzt im C. I. L. t. X p. 481: Consules Garruciani a. u. c. 728 ficticii sunt toti.

²⁴⁾ Vgl. über l. 18 § 4 D. cit. Keller Litiscontestation § 17, dazu aber Civilprocess S. 150 (N. 345), S. 305 (N. 712), ferner Bekker Consumption S. 26, 27 (anders Actionen Bd. I S. 334—336), Krüger Consumption S. 3, 4 N. 8.

²⁵⁾ Just. Inst. II. 25, pr.

²⁶⁾ Vgl. Teuffel Litteraturgeschichte S. 402.

einer posthumen Responsensammlung entnommen haben. Jedenfalls aber verbietet es die l. 18 § 4 D. cit., die Julische Gerichtsordnung etwa in die Zeit nach 740 zu setzen.

Von Wert ist diese Feststellung insofern, als sie es ermöglicht, die Frage²⁷⁾, ob unser Gesetz von den Centurien oder von der Plebs angenommen wurde, mit etwas grösserer Sicherheit zu beantworten. Augustus ist nämlich nach 731 nur noch zweimal, in den Jahren 749 und 752, Consul geworden²⁸⁾. Wenn nun die *Leges iudicariae* wirklich im vierten Decennium des 8. Jahrhunderts zu Stande kamen, so müssen sie notwendig Plebiscite sein, weil der Princeps vermöge der tribunicischen Gewalt nur der Plebs eine Rogation vorlegen konnte. Und dieses Ergebniss findet dann noch Bestätigung von anderer Seite her, da es im besten Einklang steht mit der Erklärung des Kaisers selbst im Monum. Ancyranum III 19—21:

ἂ δὲ τότε d. h. 735, 736²⁹⁾ δι' ἐμοῦ ἡ σύνκλητος οἰκονομεῖσθαι ἐβούλετο, τῆς δημαρχικῆς ἐξουσίας ὧν ἐτέλεσα.

Wie gut auch sonst diese Worte zu der aus Dio hergeleiteten Schlussfolgerung stimmen, ist so einleuchtend, dass jede weitere Bemerkung entbehrlich scheint.

Uebrigens mag trotz Allem die hier versuchte Feststellung des Geburtsjahres der Judiciargesetze für unsicher gelten; jedenfalls wird man sich nach den vorstehenden Ausführungen

²⁷⁾ Vgl. Mommsen Staatsrecht Bd. II² S. 846 N. 1, dazu S. 1043 N. 7 und Res gestae d. Aug. p. 30, 185, 187.

²⁸⁾ S. C. I. L. t. I p. 548 (ed. I).

²⁹⁾ S. oben S. 174. Das dritte Anerbieten, die *cura legum et morum* zu übernehmen, kommt hier nicht in Betracht, weil es nach 740, nämlich 743 erfolgte (Mon. Ancy. gr. III 13, 14).

dem Eindruck kaum entziehen dürfen, dass es bei gehöriger Berücksichtigung der Quellen nicht angeht, auch nur eine der beiden Julischen Gerichtsordnungen dem Dictator Caesar zuzuschreiben.

In Betreff der *Lex publicorum* möchte ich sogar die Urheberschaft des Augustus für erwiesen erachten, während die Argumente, die sich auf das andere Gesetz beziehen, allerdings etwas leichter wiegen, doch nur sehr wenig leichter. Um Dies zu zeigen, sollen noch die Beweisgründe mit einander verglichen werden, die zu Gunsten des älteren Caesars und die für dessen Erben sprechen. Vorher aber ist mit Bezug auf Gai. IV. 30 eine kurze Bemerkung einzufügen, die unabhängig ist von der Lösung der Frage nach dem Rogator.

Die *Lex priuatorum*, so behaupte ich in Uebereinstimmung mit der herkömmlichen Ansicht, muss eine der beiden *Juliae* sein, welche nach der Institutionenstelle das Legisactionensystem beseitigt haben. Auch das ist freilich aus den Quellen nicht geradezu herauszulesen. Dennoch wird hoffentlich an dieser Aufstellung Niemand Anstoss nehmen und sie auch nicht als beleglos bezeichnen wollen, da doch die Annahme einer besonderen *Lex Julia* über die Spruchformeln neben der umfangreichen Gerichtsordnung aller Wahrscheinlichkeit ermangelt. Somit dürfen wir mit voller Zuversicht die eine *Julia* des Gaius für ein Capitel³⁰⁾ der grossen *Lex iudiciorum priuatorum* erklären.

³⁰⁾ Beiläufig: *Lex* kommt ebenso wie *edictum* (Wlassak Edict S. 15—18) bald in weiterer, bald in engerer Bedeutung vor; vgl. z. B. Cic. de re p. II. 31, 54: ... *inducant XII tabulae compluribus legibus*, Gai. III. 9: *ex eadem lege XII tabularum*. S. auch Mommsen Staatsrecht Bd. III¹ S. 308.

Dieses Gesetz nun haben wir dem Augustus zugesprochen, ausgehend von der Nachricht des Macrobius, der den Kaiser ausdrücklich als Urheber von „*leges iudiciariae*“ bezeichnet, die wiederum keine anderen sein können als die von Ulpian neben einander genannten, teilweise gleichen Inhalt aufweisenden Gerichtsordnungen. Weiter sind uns bei Sueton Acta des Kaisers begegnet, betreffend die Geschworenen, die Gerichtsferien, die Decemviri, welche wir sicher als Bestimmungen eines Judicargesetzes aufzufassen haben. Endlich erwähnt Dio unter dem Jahre 737 zwei Anordnungen des Augustus, die sich sowohl auf das Strafgerichts- wie auf das Civilgerichtswesen beziehen. Das eine dieser Verbote ist — wie eine Aeußerung des Modestinus zeigt — zweifellos der von den Juristen oft citirten Lex Julia *publicorum* entnommen. Dieser Umstand aber rechtfertigt vollständig die Annahme, dass Dio beide Gerichtsordnungen in das erwähnte Jahr gesetzt habe; woraus sich dann sofort ergibt, dass auch die Lex *privatorum* ein Augusteisches Gesetz ist.

Dagegen dem Dictator Caesar werden in den Quellen nur Geschworen- und Strafprocessordnungen für einzelne Quaestionen beigelegt. Ob eine der letzteren irgend ein Sacramentsverfahren aufgehoben hat, das ist nicht mehr festzustellen³¹⁾, und wäre es auch zu ermitteln, so hätten wir doch Nichts gefunden, was sich verwerten

³¹⁾ Man bedenke, dass die Gesetzgebung des 7. Jahrhunderts — freilich unter dem Einflusse des wechselnden Geschickes der kämpfenden Parteien — auf dem Repetundengebiete äusserst reformeifrig war, wie die zahlreichen Leges beweisen; während man den Civilprocess unbeachtet und so auch die Legisactio vor dem Stadtpractor fortbestehen liess.

liesse zur Erklärung des Gaius, der an das Repetundengesetz keinesfalls gedacht haben kann (S. 172, 173).

Auch die weitere Frage, ob nicht die eine von den *duae Iuliae* (IV. 30) eine Caesarische Lex über das Civilverfahren sei, welche sonst von den alten Schriftstellern nirgends erwähnt wäre, muss entschieden verneint werden. Der Hauptschlag gegen das Spruchformelsystem ist unleugbar erst von Augustus geführt, da einige Legisactionen, die dem Postjulischen Rechte nicht mehr angehören, noch für das Jahr 710, und für 711 sogar durch ein, auf Veranlassung des Dictators selbst kurz vor seinem Tode entworfenenes Gesetz bezeugt sind.

Hiernach bliebe dann nur mehr ein Ausweg: die Annahme einer nicht durchgreifend reformirenden Lex Caesaris *de iudiciis priuatis*, und zwar gestützt lediglich auf die Nachricht des Gaius von den *duae Iuliae* und auf die Not der Ausleger, denen es durchaus nicht gelingen will, neben der grossen Lex *priuatorum* des Augustus noch ein zweites Gesetz desselben Kaisers zu entdecken, das sich ebenfalls mit der Aufhebung der Legisactionen und mit der Einführung der Schriftformel beschäftigt hätte. So fragt es sich also, ob denn jener Notstand wirklich besteht, ob denn die *altera Iulia* schlechterdings unauffindbar ist.

Die neueren Gelehrten³²⁾ zögern nicht mit der Antwort; nur die Minderzahl denkt an ein Caesarisches Gesetz; die Mehrzahl verweist auf die Lex *publicorum* des ersten Princeps. So meint Bethmann-Hollweg: *duas Iulias* konnte Gaius nur die beiden Gerichtsordnungen des Augustus nennen. Wie ich gerne zugebe, liegt diese Erklärung in der That

³²⁾ S. oben § 13 Note 1.

ausserordentlich nahe, besonders wenn man sich erinnert, wie enge Beziehungen zwischen den beiden *Leges* — abgesehen vom gemeinsamen *Rogator* — vorhanden waren, und wenn man ferner bedenkt, wie auch Ulpian die *Lex priuatorum* und *publicorum* neben einander aufführt.

Dennoch scheitert diese Auslegung offenbar an denselben Hindernissen, die schon³³⁾ der Verselbigung der einen *Julia* und des Caesarischen Repetundengesetzes im Wege standen. Zunächst ist es im höchsten Grade unwahrscheinlich, dass durch die *Lex publicorum* des Augustus irgend welche *Legisactio* abgeschafft sei; ferner aber sind durch dieses Gesetz gewiss keine Schriftformeln eingeführt. Wie also ist dem Geheimniss heizukommen? Es sei gestattet, hier eine Behauptung vorwegzunehmen, die uns später noch eingehender beschäftigen wird.

Nach meinem Ermessen bezog sich die eine *Lex Julia* ebenso wie die *Aebutia* nur auf das Verfahren vor dem Stadtpraetor; sie galt also nur *in urbe Roma* und *intra primum urbis Romae miliarium* (Gai. IV. 104). Diese Aufstellung lässt sich — wenn ich nicht sehr irre — völlig erweisen. Dann aber drängt sich auch schon eine Vermutung auf über den Charakter der zweiten *Julia*, eine Vermutung, für die es zwar keine Belege giebt, die aber den Worten des Gaius ganz und voll gerecht wird, die ferner eine zweifellos vorhandene Lücke ausfüllt und die sich endlich als die einfachste und natürlichste Erklärung darbietet.

Ich meine also, wenn die eine *Julia* nur für die Stadt Rom bestimmt war, so muss die andere erlassen sein für

³³⁾ Oben S. 172, 173.

die auswärtigen römischen Bürgergemeinden, die ja gewiss für Streitsachen ein *lege (Romana) agere* nach hauptstädtischem Muster, und zwar nach dem ausdrücklichen Zeugnisse der Lex Ursonensis³⁴⁾ noch in Caesarischer Zeit im Gebrauche hatten.

Die Spruchformeln, die man in Rom beseitigte, konnten natürlich in den übrigen Bürgergemeinden nicht beibehalten werden³⁵⁾; doch war für die letzteren eine besondere Lex

³⁴⁾ Eine *Legisactio Romana*, d. h. eine auf römischem Gesetz beruhende, ist vielleicht auch die in der Lex Osca der Tabula Bantina Z. 23–25 erwähnte. Uebrigens war der Spruchformelprocess wahrscheinlich allgemein latinisches Recht. Die Inschrift von Luceria (Bruns p. 241) aus dem 6. Jahrhundert giebt ein Beispiel einer nicht-römischen *Legisactio* (Luceria war eine latinische Colonie; s. Marquardt Staatsverwaltung Bd. I S. 50–2. A.); wegen der „freiwilligen“ *Legisactio* auf Grund des Stadtrechts von Salpensa vgl. Mommsens Commentar S. 434–437. Dass in der Kaiserzeit der Process latinischen Rechtes in den Colonien wesentlich abwich von dem römischen, ist gewiss nicht anzunehmen. Doch waren bekanntlich die römischen Gemeindebeschlüsse grundsätzlich nicht bindend für die Latinen. Dagegen wurden wohl alle Stadtrechte, welche die Kaiser verliehen (*leges datae*), grossenteils nach römischem Muster entworfen. Vgl. Mommsen Staatsrecht Bd. III¹ S. 700.

³⁵⁾ Dagegen dürfte man sich nicht auf die von Hübner (Ephem. epigr. t. II p. 107, t. III p. 90) und Mommsen (ibid. t. II p. 120, 121, t. III p. 97) angenommene Entstehungszeit der uns vorliegenden Tafeln von Osuna berufen. Die Lex ist von 710, und der Graveur aus dem Ende des 1. oder Anfang des 2. Jahrhunderts p. Chr. war natürlich nicht befugt, den Gesetzestext zu ändern. Einzelne Interpolationen sind trotzdem nachweisbar, doch auf Tafel I–III (Bruns) nur ganz geringfügige; über Tafel IV, die aus späterer Zeit stammt, s. oben § 8 N. 10. Uebrigens war das hier in Rede stehende c. 61 (auf Tafel I) durch die Abschaffung der Spruchform und selbst des *Vindex* keineswegs völlig beseitigt, wenn die Auslegung Exners in der Zeitschr. f. R.G. Bd. XIII S. 394–398 richtig ist, die ich trotz Voigt XII Tafeln Bd. I S. 577 N. 17 und Maschke Freiheitsprocess S. 155 festhalten möchte. Von philologischer Seite wird mir zu dieser Frage Folgendes bemerkt: Dem Zwölftafelstyl ist das Verschweigen des *Subjectes* eigen tümlich. So auch in Tab. III. 1–4 und in c. 61 der L. Urson., so

erforderlich, da Processordnungen nicht wie die materiellen Sätze des Jus civile ohne Weiteres für alle Bürger Geltung hatten, sondern immer nur als Richtschnur für ein oder für mehrere Gerichte bestimmter Art gegeben wurden. Augustus hätte freilich mit diesem Herkommen brechen und in einem Gesetze alle Bestimmungen für sämtliche Bürgergerichte zusammenfassen können. Es wäre dies nur die Wiederholung eines — nach der gewöhnlichen Annahme — schon vom Dictator Caesar im Julischen Municipalgesetz unternommenen Versuches gewesen. Indess konnte doch die Verbindung der für die römischen und für die auswärtigen Gerichte bestimmten Vorschriften nur eine ebenso äusserliche sein wie in der genannten Lex municipalis die der Communalordnungen. Man braucht daher nicht erst anzunehmen, dass Caesar der Sohn mehr als der Vater³⁶⁾ geneigt war, die bevorzugte Stellung der Hauptstadt zu wahren und dem Stolze der Altbürger Rechnung zu tragen, um die Erlassung von zwei besonderen Judiciargesetzen durchaus angemessen zu finden.

Mussten doch vor Allem die Gerichtsverfassungsnormen in der zweiten *Julia* erheblich abweichen von den für die Capitale aufgestellten Normen. Sodann waren in diesem zweiten Gesetze Bestimmungen nicht zu entbehren, welche die Competenz der Municipalbeamten genau abgrenzten gegenüber der Gerichtsgewalt der Reichsmagistrate. Selbst der Abschnitt über die Form des Verfahrens konnte

weit dasselbe dem Decenviralgesetz nachgebildet ist, nämlich in den Sätzen: *Ni iudicem dabit iudicatumue faciet, secum ducito. Iure civili unctum habeto.* Hingegen der folgende Satz beginnt mit: *Si quis . . .*, weil er nicht mehr dem Zwölftafelrecht entlehnt ist.

³⁶⁾ Vgl. Mommsen im C. I. L. t. I p. 124 (ed. I).

Wlassak, Röm. Processgesetze.

in der *altera Italia* nicht ganz so lauten wie in der hauptstädtischen. In Rom blieb bekanntlich die *Legisactio* in Geltung, *si centumvirale iudicium futurum est*. Vor das Gericht der Hundert aber gelangten — wie Gaius IV. 31 ausdrücklich bezeugt — nur solche Sachen, die vor dem Praetor urbanus oder peregrinus instruiert waren⁸⁷). Demnach musste der Formularprocess in den auswärtigen Gemeinden in weiterem Umfang zur Anwendung kommen als in der Hauptstadt. Dort hatte er die Alleinherrschaft erlangt, während hier vor dem Praetor ausnahmsweise noch *Legisactio* zulässig war.

Nach allem dem kann von einer einheitlichen Regelung des Gerichtswesens in sämtlichen Bürgergemeinden mit Einschluss von Rom gewiss nicht die Rede sein. Wahrscheinlich hat das auch bisher noch Niemand ernstlich behaupten wollen. Andererseits aber dürfen wir jetzt mit gutem Grund annehmen, dass schon seit dem Beginn der Kaiserzeit — vermutlich seit 737 — die einzelnen Municipien und die Bürgercolonien, die italischen wie die ausseritalischen, keine besonderen Gerichtsordnungen mehr hatten, dass also auf diesem Gebiete schon damals die Rechtseinheit hergestellt war.

Auch die Lösung der bestrittenen Frage, in welcher Zeit die Jurisdiction der Municipalmagistrate allgemein jenen Beschränkungen oder ähnlichen unterworfen wurde, welche die *Lex Rubria* für die rechtsprechenden Beamten des cisalpinischen Galliens anordnet, dürfte etwas erleichtert

⁸⁷) So ist wohl die Competenz der Centumvirn zu begrenzen, nicht local, wie Bethmann-Hollweg in der Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. V S. 363 und Dernburg *Hereditatis petitio* S. 6 vorschlagen, unter Zustimmung von Keller *Civilprocess* § 6 N. 95.

sein, seitdem ein Gesetz gefunden ist, das die Competenzen jedenfalls regeln musste, und das daher wie kein anderes die Vermutung für sich hat, als Quelle zu gelten der mehrfach bezeugten Unterordnung des municipalen Gerichtes unter die höhere Jurisdiction der römischen Praetoren.

Meiner Ansicht nach ist also Puchta³⁸⁾ der Wahrheit weit näher gekommen, wenn er jene Beschränkungen schon in den letzten Jahren der Republik eintreten lässt, als Savigny³⁹⁾ und Bethmann-Hollweg⁴⁰⁾, welche den Kaiser Hadrian als Urheber derselben bezeichnen. Dagegen ist es allerdings verfehlt, die Bestimmungen der Lex Rubria aus einem verlorenen Teile des Municipalgesetzes herzu-
leiten, so dass in ganz Italien schon seit 709 Dasjenige Rechtens gewesen wäre, was später auch für das cisalpinische Gallien vorgeschrieben wurde. Vielmehr ist allem Anschein nach in Caesars Communalordnung Z. 109—125 noch die volle, zum Teil aus den Zeiten der Souveränität herstammende Gerichtsbarkeit der Municipal- und Coloniebeamten anerkannt⁴¹⁾, sowohl in Civil- wie in Strafsachen⁴²⁾. Auch das

³⁸⁾ Institutionen Bd. I § 92 (S. 232—234), Civ. Schriften S. 525, 526; ihm folgen Mommsen Röm. Geschichte Bd. III S. 539, 540 (s. neuestens Staatsrecht Bd. III¹ S. 817, 818), Marquardt Staatsverwaltung Bd. I S. 69. Keller Civilprocess § 2 (S. 9) drückt sich sehr vorsichtig aus: „am Ende der Republik und fernerhin“. Rudorff Rechtsgeschichte Bd. II § 54 (dazu Bd. I § 12 N. 7) will zurückgehen auf die Zeit der ältesten Stadtrechte, d. i. die erste Hälfte des 7. Jahrhunderts. Allein zur Regel wurde die Unterordnung der italischen Municipalbeamten sicher erst in weit späterer Zeit.

³⁹⁾ Geschichte d. röm. Rechts im Mittelalter Bd. I S. 52—62 (2. Aufl.).

⁴⁰⁾ Civilprocess Bd. II S. 21—24, 30, 31, 64—70, 95—100.

⁴¹⁾ Richtiger: vorausgesetzt; denn der citirte Abschnitt handelt von der passiven Wahlfähigkeit.

⁴²⁾ Ueber die Criminalgerichtsbarkeit der Municipien vgl. Huschke

spanische Stadtrecht von 710 bestätigt diese Annahme, indem es den Beamten von Urso wiederholt (c. 94, 125, 128) „Imperium“ zuschreibt.

Auf der anderen Seite beruht die erwähnte Aufstellung von Savigny und Bethmann-Hollweg auf höchst unsicherer Grundlage. Die beiden Gelehrten berufen sich auf die in den Kaiserbiographien enthaltenen Notizen⁴³⁾ über die Einrichtung von Gerichtsbezirken in Italien, welchen zuerst Hadrian Rechtspfleger consularischen, dann Marcus und Verus solche praetorischen Ranges vorsetzten. Man darf noch beifügen, dass sich unter den Zeugnissen für die Niedergerichtsbarkeit der Municipalmagistrate keines befindet von einem Juristen der frühclassischen Periode. Allein jeder Kundige weiss, wie wenig dieser Mangel ins Gewicht fallen kann, da wir von den altclassischen Schriftstellern unter deren eigenen Namen nur verschwindend Wenig besitzen im Vergleich zu der grossen Masse von Fragmenten aus der Hadrianischen und besonders aus der Severischen Epoche.

Ebenso unbeweisend aber sind auch die Nachrichten über die Einsetzung der kaiserlichen Rechtspfleger. Die Bedeutung derselben dürfte von Bethmann-Hollweg weit überschätzt sein⁴⁴⁾. Und wenn das auch nicht der Fall

Multa S. 206—208, dem Karlowa Rechtsgeschichte Bd. I S. 592 beistimmt; dagegen aber Mommsen Stadtrechte S. 402 N. 31 und jetzt Staatsrecht Bd. III¹ S. 818, 819. Wann die Strafgewalt der Municipien beschränkt wurde, ist nicht berichtet; ich vermute: unter Augustus.

⁴³⁾ Spartian Hadr. c. 22, Capitolin Pius c. 2 in f., c. 3, Marcus c. 11; dazu Appian de bellis civ. I c. 38, Dio LXXVIII c. 22.

⁴⁴⁾ Vgl. besonders Mommsen in den Erläuterungen zu den Feldmessern S. 192—195, Staatsrecht Bd. II² S. 1038—1040, wo aber [S. 1039 N. 1 der 2. Aufl. — nicht mehr in der dritten: S. 1085] die Möglichkeit eines Eingriffs der Juridici „in die eigentliche Civiljuris-

wäre, wenn die Juridici in ihren Bezirken wirklich eine dem Urban- und Peregrinenpraetor abgenommene Jurisdiction ausübten, so ist trotzdem gar nicht einzusehen, weshalb den Municipalbeamten gerade damals und erst unter Hadrian die höhere Gerichtsgewalt entzogen sein soll. Ebenso gut können ja die Rechtspfleger lediglich die Erbschaft der Praetoren in Rom angetreten haben, während die Stellung der landstädtischen Magistrate unverändert blieb, nur dass diesen jetzt — ausser in der *urbica dioecesis* — nicht mehr die römischen Gerichtsherrn, sondern die Hadrianischen Consularen übergeordnet waren.

Es hat sich also gezeigt, dass die Quellen nicht das Geringste enthalten, was Savignys Lehre rechtfertigen könnte, während Puchtas Ansicht gegenwärtig wohl als widerlegt zu bezeichnen ist. Was ich nun an die Stelle setzen möchte, darf freilich wieder nur als Hypothese gelten, die lediglich auf der Nachricht von der Erlassung zweier Civilgerichtsordnungen des Augustus beruht, die aber an Glaubwürdigkeit den bisher aufgestellten mindestens nicht nachsteht.

Sicherlich wird man eine so tief einschneidende Massregel wie die Centralisirung der Rechtsprechung in Rom und die Umbildung der Municipalgerichte, denen die wichtigeren Fälle entzogen wurden, während sie im Uebrigen in ein Delegationsverhältniss⁴⁵⁾ zu den Reichsbehörden traten, nur einem energischen Reformator zuschreiben wollen. In

diction“ zugegeben ist. Aus der sonstigen Litteratur hebe ich hervor Dirksen Die Scriptores historiae Augustae S. 78—105, Marquardt Staatsverwaltung Bd. I S. 224—227.

⁴⁵⁾ So jetzt auch Mommsen im Staatsrecht Bd. I S. 216, 217, III¹ S. 812—818, anders früher in Bekkers Jahrbuch d. gem. Rechts Bd. II S. 332.

dem Zeitraum aber, der hier in Betracht kommt, gab es deren an der Spitze des römischen Staatswesens nur drei: Caesar, Augustus und Hadrian⁴⁶⁾. Der Arbeitskraft des Dictators, die freilich eine ganz ausserordentliche war, wird — so scheint es — von mancher Seite doch zu Viel zugemutet. Die kurze Zeit friedlicher Regierung, die Caesar vergönnt war, — zuletzt noch unterbrochen durch den spanischen Feldzug von 709 — reichte lange nicht hin zur Ausführung der grossartigen organisatorischen Pläne. Von den zahlreichen Julischen Gesetzen, welche neben den Cornelischen das öffentliche Recht der Kaiserperiode beherrschten, sind daher nach meinem Ermessen weitaus die meisten erst von Augustus erlassen, vielleicht aber einige nach Caesarischen Entwürfen ausgearbeitet⁴⁷⁾. Ob auch die Beschränkung der landstädtischen Gerichte schon vom Dictator beabsichtigt war, wird nicht leicht zu entscheiden sein. Unmöglich ist es keineswegs, trotz der Communalordnung, welche noch die alte Gerichtsverfassung beibehält, und trotz dem Coloniegesetz, dessen Fragmente Nichts enthalten, was auf eine Aenderung schliessen lässt.

Von entscheidender Bedeutung wäre in dieser Frage die genaue Feststellung des Jahres der Lex Rubria⁴⁸⁾.

⁴⁶⁾ Vgl. auch O. Hirschfeld Röm. Verwaltungsgeschichte Bd. I S. 281–293, der indess — wie ich glaube — die organisatorische Thätigkeit des Augustus doch nicht genügend würdigt.

⁴⁷⁾ S. oben § 13 N. 11, § 14 N. 22.

⁴⁸⁾ Und des Jurisdictionsgesetzes auf der Tafel von Ateste, dessen Identität mit dem Rubrischen sehr zweifelhaft ist; s. Karlowa Rechtsgeschichte Bd. I S. 441, 442. Vgl. ferner § 9 N. 20. Unrichtig fasst Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II S. 29 zu N. 15, 16 Caesars „Absicht“ auf, Norditalien „Autonomie“ zu gewähren. Appian de bell. civ. V c. 3 — diese Stelle ist offenbar gemeint, nicht III c. 30 — *τὴν Κελτικὴν . . . αὐτόνομον ἀγίτῃναι* (dazu V c. 22) deutet nur hin

Wenn dieses Gesetz noch unter Caesar gegeben ist oder aus dessen Nachlass her stammt, dann dürfte man vielleicht annehmen, dass die neue Gerichtsorganisation zuerst in Cisalpinischen Gallien erprobt werden sollte, um dann später auf alle oder doch auf die italischen Bürgergemeinden ausgedehnt zu werden. Hier ist freilich über Vermutungen einstweilen nicht hinauszukommen; dagegen kann dasselbe Rubrische Gesetz noch gut verwertet werden zur Widerlegung von Savigny.

Wie Dio XLVIII c. 12 bezeugt, wurde die Provinz Gallia Cisalpina, der schon im Jahre 705 durch die Lex Roscia die Civitaet verliehen war, bald nach der Philip-pischen Schlacht völlig mit Italien vereinigt⁴⁹⁾. Trotzdem erhielt oder behielt das Land das Rubrische Jurisdictionsgesetz, dem zufolge den Municipalbeamten nur die Niedergerichtsbarkeit zustand. Darnach muss in Oberitalien, das rasch romanisirt war, ein anderes Recht gegolten haben, als in den übrigen Teilen der Halbinsel. Eine Zeit lang mochte sich die Ungleichheit immerhin erhalten; dass sie aber bestehen blieb durch mehr als 150 Jahre, dass erst Hadrian den im Rubrischen Gesetze gewiesenen Weg weiter verfolgt hätte, scheint mir ganz unglaublich, zumal dem auch der wahrscheinliche⁵⁰⁾ Inhalt des — allerdings lati-

auf den Plan, die Provincialverfassung zu beseitigen. Dies konnte geschehen ohne völlige Gleichstellung der gallischen Städte mit den italischen.

⁴⁹⁾ Doch nimmt Mommsen, Staatsrecht Bd. II¹ S. 229 N. 1 noch unter Augustus eine vorübergehende Wiederherstellung der Provincialverfassung an.

⁵⁰⁾ Freilich ist der ganze Wortlaut des c. 69 (Bruns p. 148) nicht erhalten; allein die letzten Worte auf der Bronze: *quod cum eo agetur quod pluris HS cIs sit neque tanti sit, ut . .* verlangen allem Anschein nach die von Mommsen vorgeschlagene Ergänzung. Vgl. Mommsen Stadtrechte S. 403 N. 33, S. 442.

nischen⁵¹⁾ — Stadtrechtes von Malaca c. LXIX (81—84 p. Chr.) widerspricht. Schon Augustus — denke ich — musste sich vor die Wahl gestellt sehen, die Ausgleichung im einen oder im anderen Sinne zu bewirken; und gelöst ist das Problem vermutlich in der *altera Iulia* des Gaius, die wohl ganz Italien (frühestens 737 a. u. c.) in allen wesentlichen Punkten den Grundsätzen des Rubrischen Rechtes unterworfen⁵²⁾ hat⁵³⁾.

Man könnte noch fragen, was den Verfasser der Institutionen veranlassen mochte, in seinem Büchlein auch die zweite Julische Civilgerichtsordnung zu erwähnen. Ueber die Antwort dürfte Niemand im Zweifel sein, der in das Werk des Gaius einmal hineingesehen hat. Ist darin auch, wie billig, das Recht der Stadt Rom in den Vordergrund gerückt, so war doch der Gesichtskreis des

⁵¹⁾ S. aber oben N. 34 a. E.

⁵²⁾ Die ausseritalischen Bürgergemeinden wohl nur in der Weise, dass in der Provinz dem Statthalter die höhere Gerichtsbarkeit zufiel, — wenn auch nicht als ausschliessende — welche in Italien die römischen Praetoren hatten. Vgl. Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 256, auch Stadtrechte S. 402, 403.

⁵³⁾ Natürlich wuchs in Folge dessen die Geschäftslast der römischen Gerichtsbehörden. Damit im Zusammenhang steht wahrscheinlich die Erhöhung der Praetorenzahl, die für die späteren Jahre der Regierung des Augustus bezeugt ist. Unter dessen Nachfolgern ist die Stellenzahl nicht mehr gesunken; sie stand bald auf 18. Vgl. Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 194, 195, wo alle Belege mitgeteilt sind. Dio führt allerdings den hier angenommenen Grund der Vermehrung nirgends an. Uebrigens muss es dahingestellt bleiben, ob die Beschränkung der Municipalmagistrate schon auf Grund der L. Julia so weit ging, wie nach dem Rechte der spätklassischen Periode. So findet z. B. Lenel (in d. Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XV S. 35, 36) einen Unterschied zwischen dem Rechte der L. Rubria und der Hadrianischen Zeit; dazu aber Schrutka in den Sitzungsberichten der phil. hist. Cl. der Wiener Akademie Bd. CVI S. 467, 468, Mommsen Staatsrecht Bd. III¹ S. 816 N. 5 in f.

„Schulmeisters“ keineswegs begrenzt durch die römischen Meilensteine. Nicht blos über diese blickt er hinaus, sondern im Geiste der Hadrianischen Zeit auch über die Grenzen Italiens; ja er fixirt mit seiner nicht „geistreichen, aber eleganten Feder“ selbst ein paar Sätze peregrinischen Particularrechts: ein Umstand, der bekanntlich mit dazu beitrug, ihm den Ruf eines provincialen Winkeljuristen zu verschaffen⁵⁴⁾.

Dürfen wir also annehmen, dass in den Bürgergemeinden ausserhalb Roms bis auf Augustus der *Legisactionen*-process in Geltung war, so versteht sich auch die Erwähnung beider Gerichtsordnungen in einem Buche von der Art der Gaianischen Institutionen ganz von selbst. Man müsste sogar dem Verfasser Untreue gegen seine eigenen Grundsätze und Nachlässigkeit vorwerfen, wenn er der zweiten *Julia* nicht gedacht hätte.

§ 15. Die stadtrömischen Processformen. — Die Competenz der *Centumvirn*.

Zwei der oben auf S. 167 gestellten Fragen sind jetzt so ziemlich beantwortet. Ueber den Urheber und die Zeit der *duae Iuliae* wüsste ich Nichts mehr zu sagen. Was den Inhalt dieser Gesetze betrifft, so ist Einiges ebenfalls schon angeführt, bei Weitem nicht Alles. Indess liegt eine erschöpfende Darstellung des Julischen Processrechtes nicht

⁵⁴⁾ Vgl. neuestens Ferrini *Storia delle fonti* p. 77, 78 und Landucci *Storia del dir. rom.* p. 148, die sich einen Landsmann, dem als Schriftsteller zweifellos ein Ehrenplatz gebührt, allzu leicht haben entreissen lassen. Sagt doch Ferrini (p. 62 N. 2) selbst von einem der Kritiker des Gaius: *Ed è veramente il Kuntze scrittore troppo immaginoso.*

im Plane dieser Arbeit¹⁾. Vielmehr soll im Folgenden eine Stoffbegrenzung in doppelter Beziehung Platz greifen.

Einmal kann die Municipalgerichtsordnung zunächst wieder ausser Betracht bleiben; sodann möchte ich auch aus dem Inhalte des stadtrömischen Gesetzes nur noch zwei Normen hervorheben, die für meine Untersuchung von Bedeutung sind: die Vorschrift über die Processform, womit die Frage der Competenz der Postjulischen Centumviri zusammenhängt, und die schon einmal (S. 124, 125) berührte Bestimmung in Betreff der Prorogatio fori.

Mit der letzteren beschäftigt sich Ulpian in einem oft citirten Fragmente, in der l. 2 § 1 D. de iud. (5, 1). Der Inhalt der Stelle ist bekannt genug: im Fall des Consensus der Parteien soll es zulässig sein, eine Rechtsache vor den nach gesetzlicher Regel incompetenten Praetor zu bringen. Gestützt wird dieser Satz auf die „*lex Iulia iudiciorum*“.

Zuerst fragen wir, welche von den *duae Iuliae* der Jurist hier wohl im Sinne hat? Dass der Praetor genannt ist, hindert nicht an die zweite *Iulia* zu denken, da es ja Sachen giebt, die nicht vor dem landstädtischen Magistrat, sondern nur in Rom verhandelt werden können.

¹⁾ Die neueste Materialsammlung zur Wiederherstellung der einen civilprocessualen *Iulia* (die andere kennt meines Wissens Niemand) ist von Rudorff in der Rechtsgeschichte Bd. I S. 95, 96; von den älteren nenne ich C. G. Hoffmann *Historia iuris Romano-Iustiniani* v. I pars I p. 148–150 (Lipsiae 1734) und Heffter *Observationes* p. 27–31. — Ferrini *Storia* p. 12–17 erwähnt die generellen *Leges iudiciorum* des Augustus nicht. Ich möchte glauben, dass in Rom seit den XII Tafeln keine wichtigeren Gesetze gegeben sind als die drei Julischen Gerichtsordnungen; vgl. auch Gell. XIV. 2 § 1: *ex ipsa lege Iulia et ex Sabini Masurii et quorundam aliorum iuris peritorum commentariis*.

Auch ist in anderer Richtung die Prorogationsbefugniß der Municipales ausdrücklich bezeugt. *Inter convenientes* — berichtet Paulus in l. 28 D. ad municip. (50, 1) — *et de re maiori apud magistratus municipales agetur*. Wir werden kaum fehlgehen, wenn wir die letztere Norm der *altera Julia* zuschreiben.

Weiter aber darf man vermuten, dass ein Capitell dieses Gesetzes das Prorogationsrecht der Parteien in beiderlei Beziehung regelte, dass also die beiden Vorschriften neben einander standen. Demnach ist es immerhin möglich, den Rechtssatz der l. 2 § 1 D. cit. aus der Municipalgerichtsordnung herzuleiten. Trifft diese Annahme das Richtige, dann konnte eine gleichlautende Norm in der hauptstädtischen Lex Julia nicht fehlen, da der Kaiser die Bürger in Rom gewiss nicht schlechter stellen wollte als die Municipales; ist sie aber unrichtig, dann bleibt uns gar keine Wahl: Ulpian muss unter dieser Voraussetzung den citirten Text aus der stadtrömischen Gerichtsordnung genommen haben. Ob übrigens die letztere nicht gewisse Bestimmungen enthielt, die, ohne Wiederholung in dem zweiten Gesetze, doch auch für die Cives in den Municipien galten, mag unentschieden bleiben; doch spricht dagegen alle Wahrscheinlichkeit.

Dem Gesagten nach stand es den Bürgern in Rom jedenfalls frei, im Einverständniß zu wählen zwischen dem Gerichte des Urban- und des Peregrinenpraetors. Ohne diese Prorogationsbefugniß hätte in Folge der allmäligen Verbreitung der Civitaet in der Zeit von Augustus bis auf Caracalla die Zahl der von dem Stadtpraetor zu instruierenden Prozesse beständig anwachsen, dagegen die Zahl der vor den Fremdenpraetor gelangenden in demselben Ver-

hältniss abnehmen müssen. War nun der Letztere der weniger beschäftigte, so wird gerade dieser Umstand im zweiten Jahrhundert und schon früher viele stadtrömische Parteien veranlasst haben, lieber von ihm Recht zu nehmen als vom Praetor urbanus. Hiernach mochte der Gerichtsherr der Peregrinen — etwa in der Zeit der Antonine — fast ebenso häufig *inter ciues* Recht sprechen auf Grund der Prorogation, wie seinem eigentlichen Berufe nach *inter peregrinos*²⁾.

Das eben Gesagte dient — wie ich glaube — zur Aufklärung einer Aeussderung des Gaius (IV. 31, S. 58), aus der man öfter Unrichtiges gefolgert und auf die sich jüngst wieder Pernice³⁾ berufen hat, um die Fähigkeit der Peregrinen zur Legisactio und die hergebrachte Auslegung der zweiten Julia zu erweisen. Nach der Mitteilung unseres Juristen wurde in Processen, die von den Centumviri zu entscheiden waren, *sacramento* lege agirt *apud praetorem urbanum vel peregrinum*.

Diese Bemerkung, zusammengehalten mit der aus dem Acilischen Gesetze bekannten Sacramentsklage *ex lege Calpurnia et Iunia*, die man nicht ohne Grund als *socialis*⁴⁾

²⁾ Sicherlich wurde dadurch die Verschmelzung der beiden römischen Alba befördert. Uebrigens galt natürlich das Volksrecht und die auf demselben beruhende Legisactio für den Peregrinenpraetor eben so gut wie für den Stadtpraetor. Proponirt war allerdings das Spruchformular im Album des Ersteren nicht; allein eben so wenig im Album des Letzteren.

³⁾ Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XX² S. 154 zu N. 1, dazu Mommsen im C. I. L. t. I p. 66 (ad L. Acil. v. 23); anders, doch abweichend von dem im Text Gesagten, Huschke in Richters Krit. Jahrbüchern Bd. V S. 482 und Multa S. 405, 406, Karlowa Legisactionen S. 345 N. 1. Nur Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II S. 56 N. 19 bringt Gai. IV. 31 und l. 2 § 1 D. cit. in Verbindung; doch schlägt er zur Auswahl noch eine zweite Erklärung vor.

⁴⁾ Cic divin. c. 5 § 17, 18 (dazu c. 20 § 65): . . *tota lex de*

bezeichnet und daher vor den Fremdenpraetor verweist⁵⁾, schien die Annahme nahezulegen, dass die *altera Iulia* der Institutionen eine Criminalgerichtsordnung ist, welche auch auf ihrem Gebiete die Spruchformeln beseitigt hätte. Wer nun durch die obigen Ausführungen von der Unhaltbarkeit dieser Auffassung nicht völlig überzeugt ist, der könnte leicht in der Erwähnung des *praetor peregrinus* bei Gaius l. c. ein noch unüberwundenes Bollwerk der alten Lehre erblicken. Dem sollte die hier vorausgeschickte Darlegung begegnen. Sie zeigt, wie Gaius als gewissenhafter Berichterstatter über das Recht seiner Zeit dazu kam, unter den Magistraten, vor welchen *sacramento* geklagt wurde, den Fremdenpraetor zu nennen, und zeigt zugleich, wie sich daraus nicht das mindeste Argument ergibt, weder für die Legisaktionsfähigkeit der Peregrinen noch für die Verselbigung der *altera Iulia* und der *lex iudiciorum publicorum*.

Einer genaueren Erörterung bedarf weiter noch das Capitel des Julischen Gesetzes über die Form des Verfahrens. Aus dem oft angezogenen Berichte des Gaius ist Zweierlei klar und deutlich zu ersehen.

Einmal die Regel, derzufolge die *Legisactio* auch als facultative Verfahrensart abgeschafft ist, während die

pecuniis repetundis sociorum causa constituta . . . nam ciuibus cum sunt ereptae pecuniae, ciuili fere actione et priuato iure repetuntur: haec lex socialis est, ebenso in Verr. II c. 6 § 15; vgl. noch L. Acil. Z. 2, 76, 77 (83, 84). Indessen beziehen sich Ciceros Aeusserungen nicht auf die Lex Calpurnia oder Iunia, sondern auf die Cornelia. Die schwierige Frage, wem die Sacramentsklage der ältesten Repetundengesetze zustand, wird verschieden beantwortet; s. Rein Criminalrecht S. 613 und in Pauly's Realencyclopädie Bd. VI S. 447, Zumpt Criminalrecht Bd. II¹ S. 45, 137, Voigt Ius naturale IV² S. 163 N. 65^b.

⁵⁾ Vgl. oben § 13 N. 9.

schriftlichen *uerba concepta* nunmehr die schlechthin obligate Processform bilden. Damit war also das nach der Lex Aebutia zustehende Wahlrecht aufgehoben.

Zweitens als Ausnahme die Beibehaltung der Legisactio, — dem Anschein nach in veränderter Gestalt — wenn als Spruchrichter die Centumviri angerufen sind. Die Letzteren haben aber auch nach Julischem Recht durchaus nur concurrirende Gerichtsbarkeit, wie die Worte des Gaius beweisen: *ex duabus causis permissum est lege agere*.

Alles bisher Angeführte dürfte das Gesetz ganz ausdrücklich vorgeschrieben haben. Dass insbesondere der Gebrauch der Schriftformel durch die Lex Julia geradezu angeordnet war, und dass demgemäss der Process nach der neuen Gerichtsordnung als ein legitimer (*iudicium legitimum*) gelten muss, braucht nicht nochmals dargelegt zu werden, da hier lediglich zu wiederholen wäre, was weiter oben (S. 159—166) über die entsprechende Bestimmung der Lex Aebutia bemerkt ist.

Dagegen haben wir unsere Aufmerksamkeit jetzt hauptsächlich zwei Punkten zuzuwenden. Zuerst der Competenz des Gerichtes der Hundert, über welche uns Gaius IV. 31 im Dunkeln lässt, und die überdies von den Neueren zu Unrecht als eine ausschliessende bezeichnet wird; sodann der anderen Frage, ob und weshalb die Legisactio im Gesetze wie in Centumviralsachen so auch beim *damnum infectum* vorbehalten war. Beides muss untersucht werden, wenn das Anwendungsgebiet des gesetzlichen Formularprocesses genau begrenzt werden soll.

Von etwas geringerer Bedeutung für unser Thema ist die neue Form, welche der Legisactio vermutlich in der

Augusteischen Gerichtsordnung gegeben ward⁶⁾. Ein paar kurze Bemerkungen über dieses interessante Problem würden die Sache sehr wenig fördern. So scheint es besser, dasselbe zu besonderer Behandlung auszuseiden.

Die Erörterung der Centumviralcompetenz unter den Kaisern ist anzuknüpfen an das früher festgestellte Recht der republicanischen Zeit. Genauer ausgedrückt geht also unsere Frage dahin, ob der aus den Schriften Ciceros ermittelte Kreis der Centumviralsachen durch das Gesetz des Augustus eine Aenderung erfahren hat. Dass überhaupt die Lex Julia sich mit dem Gerichte der Hundert beschäftigte, wird man wohl nicht bezweifeln dürfen. Am besten beglaubigt ist in dieser Beziehung die Berufung der Zehnmänner zum Praesidium. Schwerlich aber war dies die einzige organisatorische Massregel des Augustus. Wahrscheinlich ist auf diesen Kaiser und auf das Julische Gesetz unter Anderem die Erhöhung der Mitgliederzahl von 105 auf mindestens 180⁷⁾ und die Einrichtung oder Vermehrung der Consilia zurückzuführen. Auch der Praetor hastarius, der zuerst unter Tiberius begegnet, dürfte schon von dessen Vorgänger eingesetzt sein⁸⁾. Hiernach hat die Annahme von vornherein Viel für sich, dass in der Lex Julia zuletzt noch die Competenz des neu organisirten, vielleicht erheblich umgestalteten Gerichtshofes geregelt war. Wenn ich Nichts übersehe, ist das auch die allgemein gebilligte

⁶⁾ Das m. E. Richtige ist zuerst angedeutet von Dernburg *Hereditatis petitio* S. 7 N. 14 und in der *Heidelb. krit. Zeitschr.* Bd. I S. 267—269.

⁷⁾ Diese Zahl bezeugt für die Zeit Trajans Plinius *Epist.* VI. 33; vgl. auch Huschke *Multa* S. 406 N. 148, ferner Hartmann-Ubbelohde *Ordo* I S. 313, 314.

⁸⁾ S. oben § 14 N. 10.

Lehre⁹⁾, die nur der Eine mit grösserer, der Andere mit geringerer Bestimmtheit vorträgt. Uebrigens reicht die Uebereinstimmung noch etwas weiter. Alle nehmen wohl an, dass Augustus die Gerichtsbarkeit der Hundert in engere Grenzen eingeschlossen habe. Im Einzelnen gehen hier freilich die Meinungen auseinander.

Es ist daher nicht ganz zutreffend, wenn Dernburg in seiner Abhandlung über den Besitz¹⁰⁾ bemerkt: „es sei allgemeine, auch wohlbegründete Ansicht, dass jetzt, d. h. nach der Lex Julia, sicher nur die Erbschaftsprozesse der Zuständigkeit der Centumviri unterstanden, nicht aber die Eigentumsklagen“. Keller wenigstens und Bethmann-Hollweg tragen noch Bedenken, die Beschränkung auf Erbschaftssachen mit solcher Bestimmtheit zu behaupten wie die Neueren; und ausserdem haben einige Schriftsteller (Wetzell, Rudorff¹¹⁾, Lenel¹²⁾) den Versuch gemacht, die Competenz in anderer Weise zu fixiren, indem sie den

⁹⁾ Vgl. Bethmann-Hollweg in der Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. V S. 384—388, 397—400, Civilprocess Bd. II S. 56, 57, 230, 232, 235, 331, Puchta Institutionen Bd. I § 153 (S. 436), Keller Civilprocess § 6 S. 29, 30, Wetzell Vindicationsprocess S. 38, 39, 75—79, Rudorff in der Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. XIV S. 361 N. 92, Rechtsgeschichte Bd. II § 7 S. 31, 32, Huschke Multa S. 500, Lotmar Krit. Studien S. 76, Hartmann-Ubbelohde Ordo I S. 453 N. 41, Kappeyne Abhandlungen S. 326, Padelletti Storia del dir. rom. p. 577 n. 3, dazu Cogliolo p. 306 n. i.; auch Zimmern Civilprocess § 36 (S. 98). Mommsen Staatsrecht Bd. II¹ S. 220 [s. S. 231 der 3. A.] nennt, ohne verschiedene Perioden zu unterscheiden, die Centumviri „die für Erbschaftsprozesse competenten Geschwornen“; ähnlich Pernice in der Zeitschr. f. R. G. R. A. XVIII S. 37 und (für die Kaiserzeit) in der Festgabe S. 60, Sohm Institutionen S. 132 N. 3.

¹⁰⁾ Entwicklung u. Begriff des jur. Besitzes S. 49 u. N. 5 (1883).

¹¹⁾ In der Zeitschr. (N. 9): Sachen von 100 000 Sesterzen, dagegen in der Rechtsgeschichte: von 1000 Assen Streitwert.

¹²⁾ Edictum perpetuum S. 415, 416.

Centumvirn gewisse Rechtssachen im Werte von 100 000 Sesterzen und darüber zuweisen.

Meines Erachtens wird man keiner von diesen Aufstellungen beitreten dürfen. Zwar will ich nicht bestreiten, dass von der Zuständigkeit der Hundert in dem Gesetze des Augustus wirklich die Rede war. Zum Mindesten unerwiesen aber ist die behauptete Abweichung der Julischen Ordnung von dem Rechte der Ciceronischen Zeit. Um dies darzuthun, müssen nun die Argumente geprüft werden, auf denen die gegnerische Ansicht beruht.

Die eine Gelehrtengruppe, welche die Centumvirn für Erbschaftsrichter erklärt, verweist auf eine stattliche Reihe von Nachrichten¹³⁾ aus den ersten vier christlichen Jahrhunderten, welche das Gericht der Hundert mit Erbrechtsfragen beschäftigt zeigen. Dass dessen Competenz darauf beschränkt war, ist freilich nirgends gesagt; nur Hieronymus spricht einmal von *hereditariae uel centumvirales causae*. Doch fügt Puchta bei, es komme andererseits „nach Cicero keine Stelle vor, aus der sich entnehmen liesse, dass die Centumvirn in anderen Processen gerichtet hätten“.

Das ist Alles, was man anzuführen weiss; denn die Berufung auf Gai. IV. 95 ist aus mehreren Gründen zurückzuweisen. Einmal darf unter der *sponsio sestertium CXXV nummum* gewiss nicht das höhere Sacramentum von 500 Assen verstanden werden¹⁴⁾; und selbst wenn

¹³⁾ Aufgezählt von Bethmann-Hollweg in der cit. Zeitschr. Bd. V S. 367—369 N. 18—21.

¹⁴⁾ Erwiesen ist Dies schon wiederholt, wie ich glaube ganz überzeugend; zuletzt von Lotmar Krit. Studien S. 70—72 gegen Krüger Kritische Versuche S. 70, und von A. Schmidt in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XV S. 152, 153 N. 2. Dennoch werden die Bemühungen,

Wlassak, Röm. Processgesetze.

dies gestattet wäre, könnte die Stelle doch nur als Beleg dafür gelten, dass seit der Lex Crepereia immer zum *sacramentum quingenarium* provocirt werden musste, was vielleicht die Parteien von der Anrufung der Hundertmänner in Bagatellsachen abhalten sollte. Dagegen ergibt sich daraus keineswegs die Entlastung der Centumvirn von allen, selbst den bedeutendsten Processen, die nicht erbrechtlicher Natur waren, noch auch die Unmöglichkeit *sacramento* zu klagen, wenn die Streitsache nicht den Wert von 1000 Assen hatte. Demnach kann die Bestimmung des Crepereischen Gesetzes gar nicht in Betracht kommen, hier so wenig wie als Beleg für die zweite Theorie, derzufolge vor das *hastae iudicium* Vindicationen gehörten von Gegenständen im Werte von mindestens 100 000 Sesterzen.

Was nun den anderen Beweisgrund betrifft: die in ansehnlicher Zahl bezeugten Erbschaftsprozesse der Centumvirn, so wäre gegen Puchtas Schlussfolgerung kaum Viel einzuwenden, wenn wir unserem Gerichte nach Julischem Recht ausschliessende Competenz, namentlich in nichterbrechtlichen Sachen, beilegen müssten. Ueber diesen letzteren Punkt findet man in der neueren Litteratur nicht ganz übereinstimmende Aeusserungen. Eine genauere Kritik der einzelnen Aufstellungen scheint nicht nötig. Bemerkt sei nur, dass Keller¹⁵⁾ sich selbst widerspricht, wenn er zuerst von einer „ausschliesslichen Competenz

den Worten des Gaius Gewalt anzuthun, wohl so lange andauern, als nicht das Rätsel der *sponsio sestertium CXXV nummum propter legem Crepereiam* gelöst und das Alter des genannten Gesetzes gefunden ist. Davon sind wir, scheint es, noch sehr weit entfernt.

¹⁵⁾ S. oben § 10 zu N. 15 (S. 111).

insbesondere für Erbschaftssachen“ redet, um dieselbe bald darauf nicht einmal für die *Vindicatio hereditatis*, sondern nur für die *querela inofficiosi* festzuhalten.

Bethmann-Hollweg¹⁶⁾ folgt im Handbuch im Wesentlichen Keller; dagegen vertrat er früher die Meinung, dass in der Kaiserzeit „die wichtigeren *Vindicationes* ausschliessend vor die *Centumviri*, die geringeren vor einen *Judex*“ gehörten. Diese „Wichtigkeit“ hat dann später Wetzell in Ziffern ausgedrückt und fixirt; Lenel ist ihm beigetreten. In geringeren Sachen sollten die Parteien befugt sein, den Process durch *Sponsio* vor einen *Judex* zu bringen.

Dernburg endlich behauptet in einer älteren Abhandlung¹⁷⁾, die „Erbschaftsklagen seien stets vor dem Volksgericht der *Centumviri* verhandelt worden“.

Irre ich nicht, so ist keine dieser Ansichten aus den Quellen zu erweisen, ja keine mit den Nachrichten, die in den Quellen vorliegen, auch nur verträglich. Gaius vor Allem (IV. 31) kennt zweifellos eine exclusive Gerichtsbarkeit der Hundertmänner nicht, weder in Erbschafts- noch in anderen Rechtssachen, sei es von grösserer oder geringerer Bedeutung. Ohne irgendwie zu unterscheiden, giebt er die Wahl zwischen der *Legisactio* mit nachfolgendem *Judicium hastae* und der Schriftformel, welche den Process vor den Privatrichter leitet. Dass aber das *permissum est* des Gaius wirklich den hier angenommenen Sinn habe, und dass die Stelle allem Anschein nach keine

¹⁶⁾ In der Zeitschr. f. gesch. R.W. Bd. V S. 386.

¹⁷⁾ Ueber das Verhältniss der *hereditatis petitio* (1852) S. 5—8, dazu aber das oben im § 10 N. 22 (S. 114) mitgeteilte Citat aus der Heidelb. Zeitschr. Bd. I S. 266.

andere Auslegung zulasse, das ist schon weiter oben auf S. 109—111 ausführlicher gezeigt.

Zur Unterstützung mag jetzt noch die Aeussierung eines nichtjuristischen aber gutunterrichteten Schriftstellers beigelegt werden, des Quintilian, der gelegentlich (V. 10 § 115) bemerkt: *alia apud centumuiros alia apud priuatum iudicem in iisdem quaestionibus ratio*, was offenbar die Concurrenz der beiden RichterGattungen voraussetzt.

Wenn wir uns dann den einzelnen Klagen zuwenden, die nach einstimmiger Lehre zur Centunviralcompetenz gehören, so ergibt sich Folgendes. Bei der Vindicatio hereditatis ist die Judication der Hundert ausdrücklich bezeugt von Justinian in l. 12 pr. C. de pet. her. (3, 31). Aus den Schriften der Juristen gehört vielleicht noch Paulus Sent. V. 16, 2 hieher, was freilich nicht sicher ist¹⁸⁾, während in den Pandekten auffallender Weise jede Spur der centumviralen Gerichtsbarkeit fehlt.

Zunächst wäre man fast geneigt, den Compilatoren wie in vielen anderen Fällen so auch hier eine Verfälschung der klassischen Schriften Schuld zu geben. Allein dagegen spricht schon die eben angeführte Constitution Justinians, und mehr noch das im Pandektentitel V. 2 und sonst wiederholt erwähnte *iudicium centumuirale* in Querelsachen. Auch Dernburgs¹⁹⁾ Versuch, die *formula petitoria* auf das Verfahren in den Provinzen zu beschränken, ist gewiss nicht gelungen. Denn der *iudex unus* kommt keineswegs blos in den Excerpten aus Gaius ad edictum provinciale

¹⁸⁾ Vgl. G. Hartmann Querela S. 6 N. 1, Lotmar Krit. Studien S. 76.

¹⁹⁾ Hereditatis petitio S. 6, 8 zu N. 17.

vor, sondern auch in anderen Fragmenten, so beispielsweise bei Neratius lib. VII membranarum (l. 57 D. de h. p. 5, 3), Scaevola lib. III digestorum (l. 58 D. eod.), Paulus lib. XX ad edictum (l. 40 § 4 D. eod.).

Andere Schriftsteller, zuletzt G. Hartmann²⁰⁾, haben daher mit besserem Recht aus dem Digestentitel V. 3 auf den „Untergang“ der Centumviralcompetenz „zur Zeit der klassischen Juristen“ geschlossen. Diese Annahme kommt dem Richtigen sehr nahe, wenn an das dritte Kaiserjahrhundert gedacht wird. Nur die citirte Codexstelle erregt doch noch Bedenken, da die Byzantiner ihre Kenntniss des klassischen Rechts in erster Linie gerade aus den Werken der spätesten Juristen schöpften, welche dem Gesagten nach die Judication der Hundert über Vindicatio hereditatis nicht mehr gekannt hätten.

Dagegen verschwinden sofort alle Schwierigkeiten, wenn wir die Centumviri durchaus nur als concurrirende Richter auffassen. Allem Anschein nach ist ihnen durch Rechtssatz die in der Lex Julia festgestellte Competenz überhaupt niemals entzogen; wohl aber werden es die Parteien, je häufiger die Inofficiositätsprocesse wurden²¹⁾, und je weniger der Gerichtshof sich der Aufgabe gewachsen zeigte, seine Geschäfte rasch zu erledigen²²⁾, immer mehr vermieden haben, ihm andere Rechtssachen vorzulegen als Beschwerden über lieblose Testamente.

²⁰⁾ A. a. O. S. 6 N. 1; vgl. aus neuester Zeit Lammfromm Zur Geschichte der Erbschaftsklage (1887) S. 5 N. 3.

²¹⁾ Vgl. Ulp. l. 1 D. de inoff. (5, 2).

²²⁾ S. Sueton Vespasian c. 10: *sorte elegit, . . . qui iudicia centumviralia, quibus peragendis uix suffectura litigatorum uidebatur aetas, extra ordinem diiudicarent redigerentque ad breuissimum numerum*; auch Domitian c. 8: *ambitiosas centumvirosum sententias*

Daraus erklärt sich sehr einfach die weit überwiegende Zahl der Nachrichten über *centumvirale Querelprocesses*. Diese letzteren aber gehörten von allem Anfang vor das Gericht der Hundert; ja sie sind sicher sehr erheblich jünger als dieses. Mit Bekker²³⁾ wird man annehmen müssen, dass die *Rescission* letztwilliger Erklärungen wegen Pflichttheilsverletzung noch unter Augustus etwas ganz Ausserordentliches war, und dass sich demgemäss die Theorie der Querel erst unter dessen Nachfolgern entwickelt hat. Anfänglich nur als Incidentstreit in der *centumviralen Vindicatiohereditatis* vorkommend ist die *Inofficiositätsbeschwerde* auch als selbständiges Rechtsmittel begreiflich so lange wenigstens immer vor das Gericht der Hundert gebracht worden, als dieses noch als der einzige Vertreter jenes Billigkeitsprincips erschien, das sich stark genug erwies, die Vernichtung eines nach bisheriger Anschauung unanfechtbaren Testamentes zu bewirken.

Um so bedeutsamer sind einige Zeugnisse aus der späteren klassischen Zeit, wo die *Rescission* wegen Lieblosigkeit schon feststehendes Recht war, denen zufolge auch der *iudex unus* zur *pronuntiatio contra testamentum* befugt war. Durch diese Nachrichten ist abermals unsere Annahme bestätigt, wonach die *Centumvirn* kraft Gesetzes

rescidit. Dazu Joh. Merkel Abhandlungen II S. 64, 65, 71, anders Pernice in der Festgabe f. Beseler S. 60.

²³⁾ Actionen Bd. I S. 278—282. Bekker legt mit Recht Gewicht auf Valer. Max. VII c. 7 § 3 und darauf (N. 15), dass die älteren Juristen bis auf Julian in den Fragmenten über die Querel nirgends citirt sind. Ueber die Entstehung der Querel s. auch Hartmann a. a. O. S. 7, dazu aber Bekker S. 272 N. 1. Was Letzterer (S. 272) nur bedingt behauptet, dass die Querel in der Sponsionsform durchzuführen war, ist wohl durch Gai. IV. 95 genügend beglaubigt; während das zur Bedingung Gesetzte m. E. nicht zutrifft.

niemals und in keiner Sache ausschliessliche Competenz hatten, obwohl man es eine Zeit lang nicht wagen konnte, mit einer Klage, deren Existenzberechtigung noch in Frage stand, anderswo aufzutreten als vor einem der grossen Consilien des unter den älteren Kaisern hochangesehenen *iudicium hastae*.

Belege für Querelprocesse vor dem Einzelrichter finden sich hauptsächlich in den Schriften Ulpian's [l. 6 pr., l. 8 § 16 D. de inoff. (5, 2), l. 50 § 1 D. de leg. I, l. 14 pr. D. de appell. (49, 1)], aber auch bei Marcellus (l. 5 D. h. t. 5, 2) und bei Paulus (l. 17 § 1 D. eod.). Von den Ulpian'schen Stellen ist die schon früher (S. 110) erwähnte l. 8 § 16 D. cit. besonders hervorzuheben, weil sie, wie es scheint, mit den Worten *ex causa* die Seltenheit der Anrufung des Judex andeuten will.

Möglich wäre es vielleicht, die Beweiskraft des einen oder anderen Fragmentes abzuschwächen durch die Bemerkung, dass es der Verfasser bequemer finden mochte, statt *centumviri iudex* zu schreiben. Indess dürfte dieser Verdacht schon darum unbegründet sein, weil es unter dieser Voraussetzung gewiss näher lag, *iudices* zu setzen, und weil gerade dieser Sprachgebrauch, und zwar im Pandektentitel V. 2 wirklich nachweisbar ist. So lesen wir bei Marcellus in demselben dritten Buch der Digesten einmal (l. 5) *apud iudicem*, während in l. 10 von der *pars iudicantium* und von der *promuntiatio* der *iudices* die Rede ist. Freilich war in der letzteren Stelle der Plural ganz unvermeidlich; doch schreibt auch Papinian (l. 76 pr. D. de leg. II, l. 15 § 2 h. t.): *sententiae iudicum* und — was ganz entscheidend ist — Ulpian in der citirten l. 8 § 14: *ad sententiam iudicum*.

Von den aufgezählten Zeugnissen hat Keller wenigstens eines, die l. 8 § 16 seinerzeit in der „Litiscontestation“²⁴⁾ gehörig gewürdigt und nicht anders aufgefasst, als es hier geschah. Dagegen ist im „Civilprocess“ (§ 6) der *Judex* bei der Querel ganz unterdrückt²⁵⁾, vielleicht deswegen, weil Keller keine Klagformel entdecken konnte. Allein der Mangel einer besonderen Formel schliesst die Judication des Einzelrichters noch keineswegs aus. Der Pflichtteilskläger wird — wie auch Lenel²⁶⁾ annimmt — den *heres institutus* zu einer Praejudicialsponsion provocirt und dann *formulam* edirt haben (arg. Gai. IV. 93, 95).

Zum Schlusse ist noch eines Einwands zu gedenken, den Mommsen²⁷⁾ gegen zwei (drei) von den oben benutzten 6 Stellen erhebt: Ulpian — sagt er — habe überall Cognitionen im Auge; sein *iudex* sei daher kein Geschworener sondern ein Unterrichter (*iudex pedaneus*). Wie Mommsen

²⁴⁾ S. 386 N. 10.

²⁵⁾ Citirt ist die l. 8 § 16 D. de inoff. im Civilprocess § 82 N. 995 als Beleg für „zweifelhafte Appellation von den *centumviri*.“ Wie es scheint, hat Keller den *iudex* später für interpolirt gehalten.

²⁶⁾ Edictum S. 112.

²⁷⁾ Staatsrecht Bd. II² S. 941 N. 1; dazu S. 937 N. 1, S. 940 N. 2, S. 944 N. 2. L. 14 pr. D. de appell. (49, 1) ist in das Verzeichniss auf S. 941 [S. 981 N. 1—3. A.] vielleicht nur aus Versehen nicht aufgenommen. Pernice in der Zeitschr. f. R. G. R. A. Bd. XX¹ S. 106 N. 5 erwähnt diese Stellen nicht; so darf ich hoffen, dem unter IV. 2 (S. 106) ausgesprochenen Urtheil noch zu eintreten. So gut begründet mir übrigens die neue Auslegung der l. 2 C. de ped. iud. (3, 3) scheint (S. 103—112), so wenig bin ich andererseits geneigt, den Geschwornen in solchen Fragmenten der klassischen Schriften, die den bestellenden Beamten nicht nennen, ohne genaueste Untersuchung des einzelnen Falles preiszugeben. Ein anderes Verfahren stünde auch im Widerspruch mit den in der Festgabe f. Beseler S. 78, I—III aufgestellten Sätzen. Ich meine also, wer den *iudex* schlechthin in einer klassischen Stelle für den *iudex pedaneus* ausgiebt, der „muss das natürlich beweisen“ (Pernice S. 106).

diese Behauptung begründen möchte, ist nicht leicht zu erraten. Zwar heisst es in l. 8 § 16 D. h. t. und in l. 14 pr. D. de appell. (49, 1): *iudex cognoscit*; doch ist damit Nichts bewiesen, da der „cognoscirende“ Richter beispielsweise des Pomponius in l. 9 § 1 de furt. (47, 2) oder des Ulpian in l. 4 § 1 D. de eo qu. (13, 4) und l. 17 § 4 D. damn. inf. (39, 2) gewiss ein *iudex priuatus* ist. Eben so wenig dürfte auf die *pronuntiatio* der l. 8 § 16 cit. und der l. 50 § 1 D. de leg. I Gewicht gelegt werden; denn auch dieser Ausdruck ist der technischen *Cognitio* durchaus nicht eigentümlich und wird insbesondere verwendet zur Bezeichnung des Urteils der Gerichtshofsconsilien²⁸⁾.

Sodann aber war die *Legisactio* in *Centumviral*-, d. h. vornehmlich in Querelsachen zur Zeit Caracallas²⁹⁾ unzweifelhaft noch im Gebrauch, ebenso ganz allgemein in Rom und wohl auch in Italien das in den beiden *Judicargesetzen* des Augustus angeordnete Verfahren mit Geschworenen. Wie nun die Querel dem Gerichte des Stadtpraetors und damit dem regelmässigen Civilprocess entzogen und der *Cognition* eines anderen Beamten zugewiesen sein soll, darüber ist meines Wissens nicht das Mindeste bekannt. Der Versuch endlich alle vier *Judexstellen* des Ulpian, aus dem 14. Buch *ad edictum* wie aus dem 24. *ad Sabinum*, auf das Verfahren in den Provinzen zu beziehen, wäre offenbar ein durchaus willkürlicher Notbehelf, um so

²⁸⁾ Vgl. Marcellus l. 10 pr. D. de inoff. (5, 2), Tryph. l. 22 § 1 D. eod., Ulp. l. 8 § 14 D. eod. — Ulp. l. 29 pr. D. eod. würde Mommsen nicht gelten lassen. Vgl. übrigens Lenel *Edict* S. 330 N. 4.

²⁹⁾ Vgl. Ulp. XI. 24 u. 27, dazu XVII, 2, Fitting *Alter der Schriften* S. 38, ferner Pernice *Festgabe* S. 78.

mehr als die oft citirte l. 8 mit dem *index* im § 16 unmittelbar vorher im § 14 die *iudices*, d. h. die Centumviri erwähnt.

Hiernach scheint es also vergeblich, nach Argumenten zu suchen, auf die sich Mommsens Behauptung stützen könnte, während es allerdings klar zu Tage liegt, was diesen Gelehrten zunächst veranlasst hat, den *index* als Unterrichter aufzufassen: sicherlich das Bestreben, den Geschworenenspruch als inappellabel hinzustellen. Aus diesem Grunde ist auch in den drei anderen Digestenfragmenten, die Nichts über die Appellation enthalten, der *index* unangefochten geblieben.

Es kann nun nicht meine Aufgabe sein, die schwierige und neuestens wiederholt besprochene Frage, ob zur Zeit der Antonine gegen das Geschworenenurteil Berufung stattgefunden war oder nicht, an diesem Orte abermals zu behandeln. Nach meinem Dafürhalten wird man Merkel³⁰⁾ und Anderen zustimmen müssen, welche es für unmöglich erklärten, all' die Quellenzeugnisse aus dem Wege zu räumen, die schon von älteren Schriftstellern zu Gunsten der Appellabilität³¹⁾ angeführt wurden. Und mag man auch die

³⁰⁾ Abhandlungen II S. 65—74, Ubbelohde bei Hartmann Ordo I S. 524—530, Wach zu Keller § 82 N. 989. Keiner dieser Schriftsteller folgt Mommsen; am meisten scheint Wach bereit, Zugeständnisse zu machen. Merkel (S. 70) und Ubbelohde (S. 526, 527) lassen auch Appellation vom Centumviralgericht zu; dagegen stimmt Ersterer (ebenso Wach) Mommsen zu in Betreff des *index* der Ulpian'schen Stellen, während der Letztere die l. 8 § 16 D. cit. für interpolirt erklärt und die zwei anderen Fragmente (l. 50 § 1 D. de leg. I, l. 14 pr. D. de app. 49, 1) nicht auf die Querela inofficiosi beziehen möchte. Die Möglichkeit, den *index* als Geschwornen aufzufassen, ist anscheinend von den beiden Gelehrten — vielleicht weil ihnen die Centumviri als ausschliesslich competent gelten — gar nicht erwogen.

³¹⁾ Manche, so Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II § 62 N. 18,

Frage zu den dermalen schwebenden zählen, so kann doch jedenfalls von diesem bestrittenen Boden aus kein wirk-

glauben, die Appellation (gegen Geschwornenurteile) sei durch die *Leges iudicariae* des Augustus begründet. [Vgl. übrigens oben § 13 N. 14 — Wertlos ist m. E. Dio LII c. 33.] Mir scheint das wenig wahrscheinlich. Nicht *Ius civile* neuen „Styls“ (den ich nie geleugnet habe; s. Kritische Studien S. 62—64) wie etwa das Julisch-Papische Recht, dürfte die Appellation sein, sondern auch der Quelle nach verschieden von diesem: ein Institut des Kaiserrechts. Es sei mir gestattet, diesen Ausdruck hier in einem kurzen Excurse zu erläutern. Mehrere Rezensenten meiner „Studien zur Theorie der Rechtsquellen“ haben behauptet, dass ich an dem Rechtsdualismus auch für die Kaiserzeit streng festhalten wolle. Damit ist meine Ansicht ganz unrichtig dargestellt. Doch habe ich das Missverständniß vielleicht selbst dadurch hervorgerufen, dass in der Abh. I („Rechtsdualismus“) auf die in der Abh. II („Constitutionenrecht“) gefundenen Ergebnisse noch in keiner Weise Rücksicht genommen ist, abgesehen von einer Andeutung des später zu behandelnden Problems auf S. 59, 60. Mein Plan aber war folgender. In der ersten Abh. wollte ich darthun, dass die römischen Quellen, auch die der Kaiserzeit, nur den Dualismus kennen, und dass alle modernen Versuche mit Hülfe der klassischen Juristenschriften eine Dreiteilung zu begründen, misslungen seien. Die Kritik also richtet sich in Abh. I „gegen die nach Puchta veröffentlichten Darstellungen der römischen Quellengeschichte“, dagegen in Abh. II „gegen die Lehre der klassischen Juristen selbst“ (Vorw. S. III). Sofort auf S. 97 heisst es: die gestellte Aufgabe könne „mit der Zerstörung eines unhaltbaren Begriffes (des Rudorff-Kuntze'schen *Ius extraordinarium*) nicht als gelöst“ gelten, da jetzt nach Mommsens Staatsrecht „eine vorbehaltlose Rückkehr zur älteren Theorie Puchtas (wörtlich mitgeteilt auf S. 35: Dualismus) nicht mehr möglich“ sei. (Diese Worte haben meine Rezensenten nicht beachtet.) Im Folgenden ist dann gezeigt, dass Mommsens Auffassung des Principats zur Annahme eines eigentümlichen „Kaiserrechts“ (S. 166, 192) führe, von dem freilich — so weit unsere Kenntniß reicht — die klassischen Juristen Nichts wissen, da sie (wenigstens die späteren) unzweifelhaft bestrebt waren, die Constitution der Lex gleichzustellen, ja geradezu lehren: aus der Constitution gehe *ius civile* hervor. Zuweilen allerdings schafft der Princeps wirklich *Ius civile*, nämlich in der einseitig erlassenen Lex und überdies (secundär-civiles Recht) durch Interpretation volkrechtlicher Sätze; zuweilen auch (secundär-)praetorisches Recht durch Anlegung von praetorischen Regeln. Alles übrige Constitutionenrecht wird

samer Angriff unternommen werden gegen die hier angenommene nächstliegende Deutung des *iudex* in den Ulpian'schen Fragmenten.

Aus dem Vorstehenden ziehen wir nun zuvörderst den Schluss, dass wie die *Vindicatio hereditatis* so auch die *Querela inofficiosi* nicht ausschliesslich vor das Gericht der Hundert gehörte, und dass Gaius gewiss mit vollem Rechte die Anrufung desselben ganz allgemein nur als erlaubt, nicht als geboten bezeichnet. Dadurch wird schon der Eindruck erheblich abgeschwächt, den sonst Puchtas Hinweisung auf die vielfach bezeugten centumviralen Erbschafts-

schliesslich charakterisirt (§ 10, 11) als „eine Art honorarischen Rechtes, ähnlich dem praetorischen“ (S. 165), und von mir bezeichnet (in der Ueberschrift des § 10 n. S. 181) als honorarisches Reichsrecht. Stellt man also dem *Ius civile* das Amtsrecht im weitesten Sinne gegenüber, so wäre das Kaiserrecht nach der Verfassung des Augustus allerdings dem letzteren beizuzählen. Allein es ist andererseits von dem *Ius honorarium* der Quellen wesentlich verschieden: in seiner Geltung nämlich weder beschränkt auf eine im Voraus bestimmte Amtsdauer, noch auf einen bestimmten Jurisdictionsprengel; vielmehr gilt es principiell so lange, als die Regierung des Kaisers währt, von dem die Constitution erlassen ist (thatsächlich darüber hinaus), und es gilt überdies (möglicher Weise) im ganzen Reiche (S. 166) — daher: „*Ius honorarium* des Reiches“. Darnach darf ich mich wohl einen Vertreter, nicht des Dualismus, sondern der „Trias“ nennen, freilich nicht der Rudorff-Kuntze'schen, die „Styl“ und Quelle verwechselt, und die mir jetzt nach Kuntzes „Obligationen und das *Ius extraordinarium*“ 1886 noch ebenso unhaltbar erscheint wie früher. Ein Anderes wird auch Niemand erwartet haben, da die zweite Abhandlung des erwähnten Buches den „Excursen“ gegenüber gar nichts Neues enthält, abgesehen von den (S. 280) meiner Person gewidmeten lieblichen Vergleichen, die aus dem Circus und der Ménagerie hergeholt sind. So ist es Kuntze doch wieder gelungen, einen neuen bisher unbekannten „Styl“ zu erfinden und in die „wissenschaftliche“ Discussion einzuführen: den Styl der Manége. Ich verweise übrigens auf das Urtheil eines Dritten (Ubbelohdes) in den Gött. gel. Anzeigen von 1887 S. 150.

processe machen müsste. Sofern nämlich überall neben dem Gerichte der Hundert *iudices privati* zur Verfügung standen, könnte leicht die Zuständigkeit des ersteren eine viel umfassendere gewesen sein als man jenen Nachrichten zufolge glauben möchte, falls es nur thatsächliche Uebung war, in der Regel blos Erbschaftssachen dem *iudicium hastue* vorzulegen. Wäre dem so, dann dürften wir uns natürlich nicht wundern, wenn sich beispielsweise über Eigentumsprocesse vor den Hundertmännern in den Quellen der Kaiserzeit gar Nichts fände.

So gelangen wir also allmählich zu der Vermutung, es könnte auch nach der Lex Julia in Betreff der centumviralen Competenz beim Alten geblieben sein, so dass diese nach wie vor die Vindication der Gewaltrechte, des Eigentums, der Dienstbarkeiten und der Erbschaft umfasste. In hohem Grade wahrscheinlich wird diese Annahme sofort, wenn man an die Ciceronische Zeit denkt, oder genauer: an Dasjenige, was wir von jener Zeit wissen.

Ein einziges Zeugniß — de orat. I. c. 38 § 173 — hat sich erhalten, aus dem man schliessen kann auf die Zuständigkeit der Hasta in dem soeben umschriebenen Umfang. Für die Vindication der Gewaltrechte in der obigen Reihe ist überhaupt ein deutlicher Beleg nicht beizubringen³²⁾; in Bezug auf die Eigentums- und Servitutenklagen aber, welche aus der Oratorstelle nicht hinwegzudeuten sind, findet sich sonst, so viel ich sehe, weder bei Cicero noch bei einem anderen früheren oder späteren Autor bis in die Hadrianische Zeit hinein irgend welche Andeutung, während schon Ciceros Werke allein eine beträchtliche

³²⁾ Vgl. aber oben § 9 N. 5, § 10 N. 16, auch N. 27.

Anzahl von Aeusserungen enthalten, die sich auf centumvirale Erbschaftsprozesse beziehen³³⁾.

Darnach ist die Behauptung nicht zu gewagt, dass auch gegen den Ausgang des Freistaats das Gericht der Hundert, obwohl in weiterem Kreise competent, gewöhnlich doch nur mit der Entscheidung erbrechtlicher Prozesse beschäftigt war³⁴⁾. Damit wäre also die Uebereinstimmung der Praxis in republicanischer und kaiserlicher Zeit dargethan, nur dass später — vermutlich seit dem zweiten christlichen Jahrhundert — die Querelsachen immer mehr in den Vordergrund traten.

Wenn nun aber Puchta, dem die meisten Neueren folgen, im Rechte ist, so hätten wir trotz Allem in einem Punkte noch einen Unterschied anzuerkennen zwischen der Quellengrundlage, auf der die Lehre von der Centumviralcompetenz in der letzten Epoche des Freistaats einerseits, unter dem Principat andererseits beruht. Für die ältere Zeit soll die umfassendere Zuständigkeit in einer Stelle beglaubigt sein, für die spätere überhaupt nirgends. Obwohl diese Behauptung wirklich wahr ist?

Gaius IV. 16 will den Sacramentsprocess schildern, wenn die Klage *actio in rem* ist. Als Beispiel wählt er, ohne dies besonders hervorzuheben, die *uindicatio rei*. Es folgt nun die ausführliche Beschreibung des Verfahrens *in iure*, wenn ein Eigentumsanspruch geltend gemacht wird; dann die Bemerkung:

festuca utebantur quasi hastae loco, signo quodam

³³⁾ Vgl. Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. V S. 367, 368 N. 18—20.

³⁴⁾ Auch Puchta Instit. Bd. I § 153 S. 436 giebt zu, dass „in den Erbschaftssachen schon zur Zeit Ciceros die regelmässige Function des Gerichtes bestand“.

iusti domini; quod maxime sua credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta praeponitur;

hierauf erst ein das Vindicationsobject betreffender Zusatz und bei dieser Gelegenheit zweimal die Erwähnung der *controuersia de hereditate*.

Jeder Unbefangene wird auf Grund dieser Darstellung wenn nicht die civilen *actiones in rem* überhaupt, so gewiss und in erster Linie die Eigentumsklagen den Centumviri zuweisen, und zwar keineswegs blos Vindicationen der *heredia*³⁵⁾ oder der Grundstücke³⁶⁾, sondern aller, auch der beweglichen Sachen. Ist doch bei Gaius die Notiz über den Gerichtshof angefügt der Schilderung eines Rechtsstreits um den *homo*, und die *hasta*, die noch im Gebrauche sei, erklärt als *signum iusti domini*.

So scheint denn Nichts gewisser als die Competenz gerade in Eigentumsprocessen, und nur der Einwurf ist noch zu fürchten, dass unser Gewährsmann l. c. über veraltetes, Vorjulisches Recht berichtet. Letzteres trifft in der That zu; allein aus der Abschaffung der Legisactio alten Stils durch die Lex Julia ist doch ein Schluss auf eine Abänderung der Centumviralcompetenz in keiner Weise gerechtfertigt; und jedenfalls haben wir jetzt gar keinen Grund mehr, die aus Cic. de orat. I c. 38 abgeleitete Theorie auch nur im Geringsten für unsicher zu halten:

³⁵⁾ So Rudorff zu Puchta a. a. O. § 153 N. h — eine Hypothese, welche hohes Alter der Centumviri voraussetzt und ebenso beleglos ist wie die zur folgenden Note erwähnte.

³⁶⁾ Vgl. Huschke in Richters Jahrbüchern Bd. V S. 491, Bülow Prozesseinreden S. 201—204, auch Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II S. 230 zu N. 6.

die Centumviri waren zweifelsohne Eigentumsrichter mindestens bis zur Zeit der Augusteischen Gerichtsordnung.

Die bisher besprochene Darstellung des Processes über *actio in rem* ist nicht die einzige in den Gaianischen Institutionen; eine zweite, der das praktische, Postjulische Recht zu Grunde liegt, bietet dasselbe vierte Buch in den §§ 89—99, wo die zunächst behandelte Frage so lautet: *quibus ex causis cum quo agitur, uel hic qui agit, cogatur satisfacere*.

Wiederum ist es offenbar die Absicht des Juristen, was besonders deutlich aus § 100 hervorgeht, das den *actiones in rem* gemeinsame Recht vorzutragen; sofort aber wählt er (schon im § 89) die *rei vindicatio* als Beispiel und behält dann, wie die §§ 92, 93 zeigen, im weiteren Verlaufe der Erörterung über die Cautionspflicht des Beklagten beständig die Eigentumsklage im Auge, an welcher denn auch die doppelte Form der *actio in rem* dargelegt wird, das *agere per formulam petitoriam* und *per sponsionem*, ohne dass nur mit einem Worte der anderen *actiones in rem*, der Erbschafts- und Servitutenklagen gedacht wäre. An den Schluss der ganzen Ausführung, ehe die Frage der Cautionspflicht des Klägers, *qui in rem agit*, in Angriff genommen wird, ist endlich die bekannte Bemerkung gestellt (§ 95):

Ceterum si apud centum viros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem.

Wenn wir nun fragen, an welche Klagen oder Klage Gaius in diesem eben citirten § 95 wohl denke, so antwortet uns Puchta³⁷⁾: der Jurist erwähne im Zusammen-

³⁷⁾ Institutionen Bd. I § 153 N. d (S. 436). Neuestens ist noch

hang der Lehre von der Caution des Beklagten bei der *actio in rem* „den Process vor dem Centumviralgericht; es sei daher gar kein Grund vorhanden, zu glauben, dass er eine Eigentumsklage im Sinne hatte“.

Trotz aller Verehrung, die wir dem genialen Meister schulden, wird man sagen müssen: Puchta hat hier das Muster einer Interpretation hingestellt nach dem Grundsatz: *car tel est mon plaisir*. Es ist ja sonnenklar: wer dem Gaius nicht Dinge unterschieben will, die er anderswo gefunden zu haben glaubt³⁸⁾, hat im besten Fall die Wahl zwischen zwei Auslegungen: entweder, dass die Centumviri competent waren nur in Eigentumssachen oder allgemein in Processen über *actio in rem*. Ein Drittes giebt es gar nicht.

Nun ist aber die erstere Annahme gewiss zu verwerfen, weil Gaius, der freilich vor § 95 immer von der *rei vindicatio* spricht, doch diese Klage nur als Beispiel be-

Lotmar Krit. Studien S. 69 ausdrücklich Puchta beigetreten, den er aber, — wie mir vorkommt — um sich zu decken, selbst reden lässt. Bethmann-Hollweg hat den Gaius immer richtig verstanden; doch scheint er später — durch Puchta beeinflusst — zu seiner früheren Ansicht kein rechtes Vertrauen mehr gehabt zu haben. Im Handbuch Bd. II findet sich eine Bemerkung über die Competenz der Centumviri in Eigentumssachen an einer Stelle (S. 331, dazu S. 230 N. 6), wo man es nicht erwarten möchte, während wir in dem Paragraphen, der von dem Gerichte der Hundert handelt, lesen (S. 56): „Ausdrücklich werden nur Erbschaftsklagen erwähnt, ja diese und Centumviralsachen werden fast als gleichbedeutend bezeichnet.“ Keller Civilprocess § 6 S. 30 vermeidet es eine Meinung zu äussern („muss dahin gestellt bleiben“). Von den Neueren folgt — so weit meine Kenntniss reicht — nur Padelletti Storia p. 577 N. 3 (ed. II) nicht der Führung Puchtas.

³⁸⁾ Nicht: „gefunden hat“. Denn dass die Zuständigkeit der Centumviri sich auf Erbschaftsprozesse beschränkte, ist nirgends gesagt, auch nicht bei Hieronymus.

Wlassak, Röm. Processgesetze.

nutzt; und das allein Zulässige ist also das Zweite, die Anerkennung der Centumviralcompetenz bei Vindicationen überhaupt. Wer dagegen den § 95 bloß auf Erbschaftsachen beziehen will, verleugnet all' die Interpretationsgrundsätze, die er sicherlich selbst in unzähligen anderen Fällen zur Anwendung bringt und die er wohl auch gegen Solche, die davon abweichen, nachdrücklich verteidigen würde.

Um das Ergebniss, zu dem wir gelangt sind, sicher zu stellen, muss jetzt noch die von Wetzell begründete Hypothese geprüft werden, derzufolge den Centumviral Rechtssachen von und über 100 000 Sesterzen ausschliesslich vorbehalten waren. Es wird nicht nötig sein, hier nochmals vorzubringen, was schon wiederholt geltend gemacht wurde für die Annahme einer lediglich concurren-
denden Gerichtsbarkeit der Hundert in allen Sachen. Nur die Frage ist noch zu erörtern, ob die genannte oder eine andere Ziffer irgend eine Rolle gespielt hat bei der Bestimmung der Centumviralcompetenz.

Rudorff³⁹⁾, der sich zunächst Wetzell anschloss, wollte später in der „Rechtsgeschichte“ unseren Gerichtshof nur mehr von Sachen unter 1000 Assen Streitwert befreit wissen unter Berufung auf Gaius IV. 95. Allein es ist schon oben auf S. 209, 210 gezeigt, dass aus dieser Stelle eine Zuständigkeitsziffer überhaupt nicht hergeleitet werden kann. Wie aber ist man zu den 100 000 Sesterzen gekommen, die neuestens auch für Lenel⁴⁰⁾ einigen Wert gewonnen haben in der schönen und überzeugenden Aus-

³⁹⁾ S. oben N. 11 und 9.

⁴⁰⁾ Edictum § 281 S. 409–416.

führung über die *stipulatio pro praede litis et uindicarum*?

Wetzell weist vor Allem hin auf die Bedeutung, welche die erwähnte Summe in der Zeit des Augustus in Rom hatte, wo sie gewissermassen die Grenze bezeichnete zwischen Reichtum und Armut. Weiter komme dieselbe vor im Processrecht nach dem Zeugnisse des Gaius IV. 186: . . . *(nec) pluribus quam sestertium CM fit uadimonium* ⁴¹⁾. Allerdings gestatten diese Nachrichten, wie Wetzell selbst gesteht, kaum einen Wahrscheinlichkeitsschluss; doch sei auch ein „näher eingehender Beweis“ herzustellen, wenn man Paul. V. 9, 1 berücksichtigt:

Substitutus heres ab instituto, qui sub condicione scriptus est, utiliter sibi institutum hac stipulatione cauere compellit, ne petita bonorum possessione res hereditarias deminuat: hoc enim casu ex die interpositae stipulationis duplos fructus praestare compellitur. huius enim praeiudicium a superiore differt, quo quaeritur, an ea res de qua agitur maior sit centum sestertiis: ideoque in longiorem diem concipitur.

Es braucht kaum gesagt zu werden, dass ernstlich nur die eben mitgeteilte Stelle des Paulus in Betracht kommen kann. Freilich findet die Lehre von der Zuständigkeitssumme auch in der schwierigen Sentenz keineswegs eine eigentliche Stütze, da ja in dieser gerade das *superius praeiudicium* das aufzulösende Rätsel ist. Man könnte also nur umgekehrt das Paulusfragment mit grösserer Sicherheit in

⁴¹⁾ Rudorff in d. Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. XIV S. 361 N. 92 meint, dass Gai. IV 186 aus der Lex Julia, die auch von den Centumviri handelt, schöpfe — irrtümlich, wie er später selbst erkannte, s. De iurisdictione edictum p. 45 (§ 22).

einem bestimmten Sinne auslegen, wenn jene das Centumviralgericht betreffende Annahme bereits auf anderem Wege erwiesen wäre ⁴²⁾. Indess hat doch Lenel jüngst den Versuch gemacht, mit Hülfe der Wetzell'schen Hypothese die ganze Sentenz bis zum letzten Worte verständlich zu machen, so dass die Versuchung nahe liegt, auch den als Interpretationsmittel verwendeten Satz für richtig zu halten. Dem soll vorgebeugt werden durch die folgenden kritischen Bemerkungen.

Lenel versteht nach dem Vorgang von Wetzell unter der Caution, die der Praetor dem bedingt Eingesetzten bei Erteilung der Bonorum possessio zu Gunsten des Substituten auferlegt, die *stipulatio pro praede litis et uindictiarum*; und insoweit ist den beiden Gelehrten sicher zuzustimmen. Was sonst noch zur Erklärung der Stelle beigebracht wird, beruht auf der Annahme der centumviralen Competenzziffer, die ich einstweilen als feststehend betrachten will, um darzuthun, wie schlecht es von diesem Standpunkt aus gelingt, der Sentenz einen erträglichen Sinn abzugewinnen.

Das *praeiudicium superius*, meint Lenel, sei die Normalformel (*an ea res de qua agitur maior sit centum sestertiis*), deren man sich bediente zur Vorbereitung des Erbschaftsstreits, wenn die Parteien über den Streitwert nicht einig waren. Dieses Praejudicialverfahren liess sich nicht vermeiden, weil davon, ob eine Sache über oder unter 100 000 Sesterzen in Frage stand, die Form des Hauptprocesses (Legisactio oder Formel) abhing ⁴³⁾ und

⁴²⁾ Vgl. auch Bülow De praeiudicialibus formulis (Breslauer Dissertation — 1859) p. 17.

⁴³⁾ Diesen Punkt hebt Lenel S. 415 nicht hervor.

überdies die Fassung der Stipulation, in der das künftige Gericht (Centumvirn oder Judex) zu bezeichnen war.

Paulus nun habe l. c. einen besonders gestalteten Fall im Auge. Der Substitut verlangt Caution von dem bedingt Instituirten. „Eine *res de qua agitur*, ein Processobject, ein Process überhaupt liegt hier noch gar nicht vor.“ Ob der Institut, wenn die Bedingung ausfällt, dem Substituten einen Rechtsstreit aufdrängen wird, ist erst abzuwarten; vielleicht in 80 von 100 Fällen wird der Institut die Erbschaft ohne Weiteres ausliefern und sich vollends nach Bestellung der Caution hüten, dieselbe in Kraft treten zu lassen. Wozu also ein Praejudicium, das hier freilich anders zu formuliren wäre als das *superius* (*a superiore differt*), da die *res de qua agitur* noch fehlt? Wozu ein *praejudicium*, wenn es wahrscheinlich zum Hauptprocess über die Erbschaft gar nicht kommen wird, weil im Fall der Erfüllung der Einsetzungsbedingung der Substitut den Erben nicht zu beunruhigen, andererseits dieser bei Ausfall der Bedingung freiwillig den Nachlass auszuliefern gedenkt?

Lenel antwortet, das Praejudicium sei notwendig, weil die Stipulation das Gericht nannte, und man also wissen musste, ob in dem Processe, den die Caution in Aussicht stellt, — thatsächlich aber erschwert — ein Einzelrichter oder die Centumvirn zu judiciren haben, damit so die richtige Bezeichnung in das Formular gesetzt werde.

Nach meinem Ermessen ist diese Antwort im höchsten Grade unbefriedigend. So unpraktische Leute sollen die Römer in Rechtssachen gewesen sein? Den friedfertigsten Parteien wird ein Process aufgezwungen! Ein Erbschafts-

streit ist gar nicht in Sicht; trotzdem, einzig der Stipulation wegen sollen beispielsweise Sachverständige, denen der Judex vertraut, von Rom nach Ephesus reisen, um asiatische Grundstücke des Verstorbenen abzuschätzen! Und doch konnte den Römern schwerlich das sehr einfache Mittel verborgen bleiben, durch dessen Anwendung sie Geld, Zeit und Mühe ersparen konnten: die alternative Fassung der Stipulation („ein Privatrichter oder die Centumvirn“). Ich wüsste nicht, was einer derartig concipirten Caution im Wege stände.

Vielleicht aber wird Lenel einwenden: wenn die Römer so friedfertiger Natur waren, wie ich hier annehme, dann mochten sie sich, um das Praejudicium zu ersparen, auch über den Streitwert einigen. Wo sie das nicht thaten, da sei auch die Befürchtung eines künftigen Erbschaftsprozesses nicht ungegründet. Dem gegenüber müsste daran erinnert werden, dass ja nach Wetzell-Lenels Theorie den Centumvirn „die Sachen über 100 000 Sesterzen vorbehalten waren“. Damit steht aber offenbar die Zulassung einer Vereinbarung über den Streitwert im Widerspruch, da so auf einem Umwege das Wahlrecht der Parteien wieder eingeführt wäre.

Endlich hat dem Anschein nach Lenel nicht bedacht, dass in geringeren Sachen auch nach Wetzell Centumvirn und Judex concurrirten. Sollten die Parteien in diesem Fall wirklich gezwungen sein, schon jetzt, zur Zeit der Cautionstellung — unter Umständen also viele Jahre vor dem Erbschaftsstreit — von ihrem Wahlrechte Gebrauch zu machen? Sicher war es weit angemessener, die Frage des Gerichtes noch in Schwebе zu lassen, die Stipulation also alternativ zu concipiren.

Nach allem dem scheint die Deutung unannehmbar, welche Lenel dem zweiten von Paulus V. 9 § 1 besprochenen Praejudicium giebt. Damit aber lehnen wir zugleich auch die vorgeschlagene Erklärung des *praejudicium superius* ab, die nur dann beifallswürdig erschiene, wenn es möglich wäre, mit Hülfe der vorausgesetzten, keineswegs erwiesenen Competenzziffer zum Verständniss der ganzen Sentenz zu gelangen.

Was nun aber der Schlusssatz eigentlich sagen will, das zu ermitteln ist eine schwierige Aufgabe, mit der wir uns an diesem Orte nicht genauer zu beschäftigen haben. Dem Interpreten des Paulus wird zugemutet, das von den Westgothen oder vor ihnen schon von Anderen fortgeworfene Blatt aufzufinden, auf dem die Ausführung des Juristen über das *praejudicium superius* steht. Jedenfalls dürfte es geraten sein, Vermutungen nicht wieder auf Vermutungen zu bauen, sondern eine sichere Nachricht zur Grundlage zu wählen. Nun giebt es in Betreff des *praejudicium an ea res maior sit centum sestertiis*, wie schon Bülow erkannt hat, in den Quellen einstweilen keinen anderen Anknüpfungspunkt als Gaius IV. 186; während das andere Praejudicialverfahren wahrscheinlich feststellen sollte, ob im concreten Fall die Voraussetzungen der Cautionspflicht vorliegen⁴⁴). Darnach wären die beiden Klagen in der That ziemlich nahe verwandt, da auch die erstere eine Cautionsleistung, das *uadimonium facere*, vorbereitet.

Mit der Zurückweisung der Lenel'schen Erklärung des Paulusfragmentes ist der Hypothese Wetzells die einzige

⁴⁴) Vgl. Bülow l. c. p. 15—17. Die Litteratur ist bei Lenel a. a. O. S. 415 N. 1 verzeichnet; dazu Keller Civilprocess § 38 N. 433.

scheinbare Stütze entzogen, die man überhaupt als solche gelten lassen kann. Zu allem Ueberfluss haben wir auch noch ein Zeugniß, das in sehr bestimmter Weise der Annahme widerspricht, dass nur Sachen von hohem Werte vor das Gericht der Hundert kamen. Der jüngere Plinius nämlich berichtet im 14. Briefe des 2. Buchs:

distringor centumviralibus causis, quae me exercent magis quam delectant. sunt enim pleraeque parvae et exiles.

Plinius also klagt über die Geringfügigkeit der Centumviralsachen, während fast alle Neueren das Gegenteil behaupten, nicht blos Diejenigen, welche an die Zuständigkeitsziffer glauben, sondern auch Andere, welche die Centumvirn auf Erbschaftssachen beschränken, da in den Ausführungen der Letzteren fast überall der Gedanke mitspielt, dass einem Gerichtshof, der unter den Kaisern *primum locum obtinet*, gewiss keine Bagatellen zugewiesen waren, Erbrechtsprocesse aber gerade darum, weil in diesen ein Streitobject von geringem Werte nur ganz ausnahmsweise vorkommen mochte.

Allzu grosses Gewicht soll übrigens auf die citirte Aeusserung keineswegs gelegt werden, da man immerhin verschiedener Meinung darüber sein konnte, ob ein Processgegenstand im Werte von 100 000 Sesterzen eine bedeutende Sache sei oder nicht. Jedenfalls aber hätte die Pliniusstelle genauere Beachtung verdient von Seiten Derjenigen, welche den Centumvirn alle Bagatellsachen abnehmen wollen ⁴⁵⁾.

⁴⁵⁾ Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II S. 57 u. N. 26 führt die Stelle an und sucht sie zu beseitigen durch den Hinweis auf die „Eitelkeit des Redners, den die jüngeren, heranstrebenden Talente verdriessen mochten“ (?).

Doch fragen wir lieber, was denn eigentlich die modernen Schriftsteller veranlasst hat, eine Anschauung zu vertreten, die mit den Worten *pleraeque parvae et exiles* ohne Zweifel schwer verträglich ist?

Die Quellen gewähren bekanntlich keinen Aufschluss über die Begründung des *Judicium hastae*, am wenigsten über die Erwägungen, welche zur ersten Aufstellung der Centumviralliste geführt haben. Dass damals bei der Bestimmung der Zuständigkeit der Streitwert irgend eine, wenn auch nur untergeordnete, Rolle gespielt habe, ist nicht allein völlig unerwiesen, sondern durchaus unwahrscheinlich, da Ciceros *iura stillicidiorum* unverkennbar auf das Gegenteil hindeuten.

Mit etwas besserem Rechte könnte man die Centumvirn der Kaiserzeit die Richter der reichen Leute nennen. Für diese Auffassung spricht das hohe Ansehen des Gerichtshofs und die beträchtliche Zahl der zu einem *Consilium* vereinigten Geschworenen. Der letztere Umstand insbesondere legt den Gedanken sehr nahe, die Grösse der Sache in ein entsprechendes Verhältniss zu setzen zur Anzahl der Richter. Und in der That wird man auch ohne besondere Zeugnisse behaupten dürfen, dass die Praxis gewöhnlich der Regel folgte, Kleinigkeiten nicht den Centumvirn zur Entscheidung vorzulegen. Allein um dieses Ergebniss herbeizuführen, dazu bedurfte es nicht erst einer gesetzlichen Competenzziffer. Dafür war ausreichend gesorgt durch das Recht des instruierenden Praetors, die Mitwirkung zur *Legisactio* zu versagen, wenn nicht die Parteien selbst einsichtig genug waren, auf den feierlichen und sicher auch kostspieligen Centumviralprocess in einer geringen Sache zu verzichten.

Ob die *subscriptio*, von der Plinius Epist. V. 1 erzählt, jene besondere Bedeutung hatte, die ihr neuerdings Ubbe-lohde⁴⁶⁾ zuschreibt, kann unentschieden bleiben, da die praetorische Denegationsbefugniss für die Kaiserzeit ohnedies ausdrücklich bezeugt ist⁴⁷⁾. Allerdings sagen uns die Quellen nirgends, dass dieses Recht gerade dazu gebraucht wurde, die Centumviri vor Geschäftsüberhäufung zu schützen. War aber der Magistrat — was nicht zu bezweifeln ist — zur Denegation befugt nach seinem freien Ermessen, dann wird die Annahme nicht zu gewagt sein, dass er auch darin einen triftigen Grund fand, von seiner Gewalt Gebrauch zu machen, wenn die Parteien unpassender Weise ihre Streitsache vor den Gerichtshof der Hundert zu bringen gedachten.

Demnach möchte ich hier mit einer leichten Veränderung einen schon früher (S. 125) aufgestellten Satz wiederholen und sagen: das processualische Wahlrecht der Parteien sei beschränkt gewesen durch das Einspruchsrecht des Praetors, dessen Aufgabe unter Anderem darin bestand, eine angemessene Verteilung der Geschäfte unter die einzelnen Gerichte zu bewirken.

Das im Vorstehenden Ausgeführte dürfte geeignet sein, die Bedenken zu beseitigen, welche man vom Standpunkt der Zweckmässigkeit gegen die als richtig angenommene Lehre erheben könnte. Dem Gesagten nach ist nämlich der Rechtssatz, der die Centumviralcompetenz regelte, nur in einer Richtung unnachgiebig, insofern, als blos Vindicationsprocesse vor die Centumviri gehörten, im Uebrigen

⁴⁶⁾ Ordo I S. 439—441.

⁴⁷⁾ S. oben § 10 N. 32 (S. 124).

aber elastischer Natur, zwingend weder den Parteien noch dem Praetor gegenüber. So war es also der Praxis selbst überlassen, in allen Fällen, wo zwei Richtergattungen concurrirten, das Mass zu bestimmen, in dem die eine und die andere an der Judication teilnehmen sollte.

Die Geltung des Wahlprincips aber scheint mir nun auch für die Kaiserzeit dargethan, und zwar für diese Periode, deren Quellen reichlicher fließen, mit grösserer Sicherheit als für das Vorjulische Recht.

Zum Schlusse ist in diesem Zusammenhang noch aufmerksam zu machen auf zwei Ueberschriften einer Anzahl von Paulusfragmenten der Pandekten, in denen man Anhaltspunkte finden könnte zur Feststellung der Centumviralcompetenz in spätklassischer Zeit. Indess wird sich sofort zeigen, wie zweifelhaft das Verhältniss ist, in dem die beiden Inscriptionen zu einander stehen, und wie wenig sich in Folge dessen für unseren Zweck daraus gewinnen lässt. Darum mag es auch genügen, hier nur anhangsweise ein paar kurze Bemerkungen einzufügen.

Der Digestentitel V. 2, und nur dieser, enthält bekanntlich je drei Excerpte aus Paulus *liber singularis de septemuiralibus iudiciis* und aus Paulus *liber singularis de inofficioso testamento*. Den ersteren Namen versucht schon Haloander richtig zu stellen, indem er statt des handschriftlichen *septemuiralibus* „*centumuiralibus*“ vorschlägt. Stimmt man dieser Textänderung zu, die sich in der That kaum abweisen lässt⁴⁸⁾, und bleibt man dann stehen bei der Angabe des Florentiner Index, der die er-

⁴⁸⁾ So auch Bluhme und Krüger (in den Additamenta der Mommsen'schen Pandekten p. 52 u. 65).

wählten Namen auf zwei verschiedene Werke des Paulus bezieht, so wäre allem Anschein nach der einen Schrift die Erörterung der Centumviralsachen überhaupt zuzuweisen, der anderen dagegen die wichtige Lehre von der Querel allein, und zwar in ausführlicherer Darstellung.

Darnach läge uns ein Zeugniß vor für die oben behauptete umfassendere Competenz der Centumvirn und zugleich dafür, dass selbst zur Zeit des Paulus ausser der Inofficiositätsklage noch andere Processe vor dieses Collegium gebracht wurden.

Freilich wäre eine zweite Erklärung nicht ganz ausgeschlossen: der *liber singularis de centumviralibus iudiciis* könnte mehr das Verfahren vor dem Gerichte der Hundert dargelegt, das andere Buch die civilrechtliche Lehre von der Querel enthalten haben. Indess unterstützen doch die aus der erstgenannten Schrift erhaltenen drei Fragmente diese letztere Annahme in keiner Weise. L. 7 wie l. 28 wie l. 31 D. h. t. handeln nur vom materiellen Rechte der Pflichtteilsklage. Eben dieser Umstand macht aber auch die Voraussetzung, von der wir bisher ausgingen, dass zwei verschiedene Werke des Paulus in Frage stehen, durchaus ungewiss.

Sicherlich ist von vornherein die Existenz zweier *libri singulares* desselben Autors, deren Inhalt sich grossenteils decken musste, wenig wahrscheinlich. Zieht man dann noch unsere sechs Fragmente genauer in Betracht, — ausser den schon erwähnten l. 18, 23, 32 — die sich ohne Ausnahme alle mit dem Pflichtteilsrecht beschäftigen⁴⁹⁾, so drängt sich die Vermutung auf, dass trotz den Pandekten

⁴⁹⁾ Freilich stehen alle im Titel *de inofficioso testamento*.

und dem Florentiner Index — ursprünglich wenigstens — nur eine Abhandlung des Paulus existirte, welche unter zwei verschiedenen Bezeichnungen, die nicht notwendig schon vom Verfasser selbst herrühren, im Gebrauche war⁵⁰⁾. Auch eine im Buchhandel vorgenommene Abtrennung des Capitels über die Querel von den übrigen Teilen wäre nicht undenkbar.

Ob die Compileren Justinians über das Verhältniss der zwei ihnen vorliegenden Exemplare der Paulin'schen Schrift im Klaren waren, müsste dahingestellt bleiben. Nach Bluhme⁵¹⁾ ist der *liber singularis de centumviralibus iudiciis* in der Sabinusmasse, dagegen die Abhandlung *de inofficioso testamento* in der Papiniansmasse excerptirt. Aus diesem Grunde konnte den Byzantinern leicht die teilweise Uebereinstimmung der beiden Bücher entgehen. Andererseits ist auch die Annahme nicht schlechthin verwerflich, dass die Commission das wahre Sachverhältniss kannte oder gar kennen musste, weil eines der beiden Exemplare mit der Doppelaufschrift versehen war. Auch in diesem Falle wäre das Verfahren der Compileren noch zu erklären, da wir wissen, wie gerne Justinian mit dem grossen Umfang des durch seine Bemühungen bewältigten Materiales prunkt. Für die Commission lag daher die Versuchung sehr nahe, aus einer Schrift mit Doppeltitel zwei zu machen, um eine möglichst lange Bücherliste zu erhalten.

Träfe diese Vermutung das Richtige, hätte Paulus wirklich nur eine Schrift über Centumviralprocesse ver-

⁵⁰⁾ Vgl. auch Wlassak Edict S. 59 N. 5.

⁵¹⁾ In der Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. IV zu S. 266.

fasst, so fiel sofort die Schlussfolgerung zusammen, welche auf die Unterschiedenheit der Namen *de centumviralibus iudiciis* und *de inofficioso testamento* gegründet wurde. Unter dieser Voraussetzung kämen wir vielmehr zu dem gegen-
 teiligen Ergebniss durch folgende Erwägung. Wenn in
 spätklassischer Zeit auf den *liber singularis* des Paulus die
 beiden erwähnten Namen gleich gut passten, so muss
 es wohl damals nur mehr eine Sache gegeben haben, die
 thatsächlich noch vor das Gericht der Hundert gebracht
 wurde: die Querel wegen Pflichtteilsverletzung. Darnach
 scheint es also kaum möglich, die in Rede stehenden In-
 scriptionen in verlässlicher Weise für die Lehre von der
 Centumviralcompetenz zu verwerten.

§ 16. Grenzen des Formularverfahrens. — Die *Legis- actio damni infecti*.

Die Stelle des Gaius IV. 30, 31, auf die wir immer
 wieder zurückkommen mussten, ist im Vorstehenden bis auf
 einen Punkt vollständig erläutert. Nur die *Legisactio
 damni infecti*, deren Fortdauer im Postjulischen Rechte der
 Jurist bezeugt, nimmt noch unsere Aufmerksamkeit in An-
 spruch. Es ist nunmehr die Frage aufzuwerfen, wie es
 zu erklären sei, dass gerade diese *Actio* auch in der Kaiser-
 zeit ihre alte Gestalt bewahrte?

Offenbar ist die nächste Ursache dieser Erscheinung
 in der Augusteischen Gerichtsordnung zu suchen. Der Text
 dieses Gesetzes aber wird mit Hülfe der gegenwärtig be-
 kannten Quellen niemals zu ermitteln sein. Nicht einmal
 darüber ist Klarheit zu gewinnen, ob darin vom *damnum
 infectum* ebenso ausdrücklich die Rede war wie nach wahr-
 scheinlicher Annahme von den Centumviralsachen. Gaius

l. c. nennt allerdings die beiden *causae*, wo noch *Legisactio* gestattet war, neben einander. Allein es ist offenbar gar nicht seine Absicht, die Bestimmungen der Lex Julia her-zuzählen. Vielmehr kommt es ihm nur darauf an, die auf jener gesetzlichen Grundlage erwachsene Rechtsordnung seiner Zeit festzustellen. Hiernach bleibt Raum zu verschiedenen Vermutungen.

Entweder: die Lex Julia hat die *actio damni infecti* mit klarem Bewusstsein von der Reform ausgeschlossen, und dies auch ausdrücklich betont. Oder: die neue Processform war auf das civile Rechtsmittel wegen *damnum infectum* nicht anwendbar, und die Praxis musste daher notgedrungen die alte *Legisactio* beibehalten. Oder endlich: das Capitel über die Klagform war fehlerhaft stylisirt und bezog sich so seinem Wortlaute nach nicht auf die *actio damni infecti*.

Diese letztere Annahme dürfte indess sofort zu verwerfen sein. Die Juristen hätten es unter solchen Umständen gewiss nicht versäumt, die im Gesetze vorhandene Lücke entsprechend auszufüllen. Ob dagegen die erste Aufstellung oder die andere das Richtige trifft, das ist schwerlich auszumachen. Grössere Wahrscheinlichkeit hat — wie sich unten zeigen wird — die zweite für sich. Allein die erstere ist keineswegs mit Sicherheit abzuweisen, und könnte insbesondere dadurch nicht beseitigt werden, dass man dem Gesetze Bestimmungen über minder wichtige Details abspräche. In einer so ausführlichen Gerichtsordnung, wie die Lex Julia, wäre eine besondere Norm über das *damnum infectum* durchaus nichts Auffallendes.

Doch mag man darüber wie immer denken, jedenfalls drängt sich in beiden Fällen die bei Weitem wichtigere

Frage auf, welche Erwägung wohl den Gesetzgeber oder die interpretirenden Juristen, denen die Praxis folgte, abhalten mochte, den Rechtsschutz gegen *damnum futurum uitio aedium*¹⁾ in die Processform der schriftlichen *uerba concepta* einzukleiden. Die Erörterung dieses Punktes gehört mit zu unserer Aufgabe, weil wir es hier mit einer Erscheinung zu thun haben, aus der sich vielleicht entnehmen lässt, in wie weit der gesetzliche Formularprocess (das *iudicium legitimum*) an die Stelle der *legis actio* treten sollte und konnte.

Die alten volksrechtlichen Bestimmungen über das *damnum infectum* sind bekanntlich äusserst ungewiss. Weder über die Voraussetzungen und den Gegenstand des Anspruchs, der dem Bedrohten zustand, noch über das Verfahren zur Verfolgung desselben, haben wir ausreichende Nachrichten. Nach der gangbaren Ansicht, die auch der dankenswerten Untersuchung von Burckhard bei Glück²⁾ zu Grunde liegt, besässen wir überhaupt nur eine einzige hergehörige Quellenäusserung: die oftcitirte von Gaius.

Nun bezeugt aber eben dieser Autor die fortdauernde Geltung des altcivilen Rechtsmittels noch in der Zeit des Pius, nur mit dem Beisatz, dass es in der Praxis sehr un-

¹⁾ Vgl. Burckhard in Glücks Commentar Ser. der B. 39, 40 II S. 72, 73.

²⁾ A. a. O. S. 63—111. Burckhard hat die ältere Litteratur einer treffenden und durchaus überzeugenden Kritik unterworfen. Doch ist die sehr beachtenswerte Ausführung von Ubbelohde in Haimers Oesterr. Vierteljahresschrift Bd. IV S. 268—272 übersehen. Wenig befriedigend scheint mir die Begründung, die B. seiner eigenen Ansicht giebt. So urtheilt auch Pernice in d. Ztschr. f. R.G.R.A. Bd. XVIII S. 96 N. 2. — Neuestens ist noch hinzugekommen Voigt Die XII Tafeln Bd. II S. 606—617, der sich im Wesentlichen Ubbelohden anschliesst, aber viel Ungewisses hinzufügt.

beliebt sei. Wir dürften uns also nicht wundern, wenn sich auch in den Pandekten, wenigstens in den Fragmenten älterer Juristen, noch Bemerkungen über die *Legisactio* fänden. Freilich hatten die Compileroren ohne Zweifel die Absicht, in allen wesentlichen Punkten nur das praetorische Recht des *damnum infectum* aufzunehmen. Trotzdem aber konnten leicht Excerpte, die sich auf die civile *Actio* bezogen, in die Sammlung geraten, sofern sie nur zu dem neueren System leidlich gut passten. Man brauchte also deswegen gar nicht an Versehen der Justinianischen Commission zu denken.

Und so begegnen denn in der That im Titel 39, 2 und sonst zerstreut einzelne Stellen, wo von einer *actio damni infecti* die Rede ist. Zu erwähnen wären etwa: Ulp. lib. XLII ad Sab. l. 33 D. h. t., l. 37 D. eod., Ofilius bei Ulp. l. 3 § 2 D. de aqua (39, 3), Julian bei Paul. l. 11 § 3 D. eod., Ulp. lib. XXXII ad edict. l. 13 § 12 D. de act. empti (19, 1); dazu noch Paul. lib. XLVIII ad edict. l. 14 § 2 D. de aqua (39, 3): *in hoc iudicium (aquae pluviae arcendae), sicut in damni infecti, futurum damnum uenit, cum reliquis fere omnibus iudiciis praeteritum praestetur*.

Es bedarf kaum besonderer Bemerkung, dass streng genommen weder die dem Bedrohten zu leistende Caution noch die aus dieser entspringende *actio ex stipulatu* mit dem Namen *actio damni infecti* belegt werden durfte³⁾, obwohl der Praetor selbst im Edict (l. 7 pr. D. h. t.) die Thätigkeit des um Caution Werbenden mit dem Worte

³⁾ Eben so wenig die Klage auf Grund des vorletzten Edictsatzes in l. 7 pr. D. h. t.; dazu l. 15 § 36 D. eod.

Wlassak, Röm. Processgesetze.

agere bezeichnet⁴⁾. Dennoch verwendet Ulpian den fraglichen Ausdruck in einem der angeführten Fragmente (l. 37), wie der Zusammenhang lehrt, im Sinne von *actio ex stipulatu*, und in l. 33 cit. ist es wenigstens erlaubt, mit Rücksicht auf die durch l. 37 pr. D. de O. et A. (44, 7) bekundete Terminologie, unter der *actio*, welche dem Miether versagt wird, die praetorische Caution zu verstehen. Aehnlich verhält es sich mit l. 13 § 12 D. de a. empti.

Dagegen mangelt es wohl an genügenden Gründen, die bequeme aber ungenaue Ausdrucksweise Ulpians schon bei Ofilius (l. 3 § 2 cit.) zu vermuten⁵⁾; und fast unvermeidlich scheint die Beziehung auf das altcivile Rechtsmittel, dem allein der Name *actio damni infecti* (Gai. IV. 31) gebührt, in der Julian'schen Stelle⁶⁾:

. . . an uero is cum quo agitur (aquae pluuiæ arcendæ) pro parte sua et damni dati et operis non restituti nomine damnandus sit, ut in actione damni infecti fiat, cum eius praedi, ex quo damnum metuatur,

⁴⁾ S. Burckhard a. a. O. S. 484; aber auch oben S. 80 N. 6.

⁵⁾ Es entgeht mir nicht, dass Trebatius in l. 24 § 12 D. d. i. (39, 2) sagt: *non teneri me damni infecti*. Wenn der Jurist, wie es scheint, die Haftung nach praetorischem Rechte im Auge hat, so ist zu ergänzen *stipulatione*, bei Ofilius aber in l. 3 § 2 D. cit. *actione*.

⁶⁾ Dies hat schon Ribbentrop Zur Lehre von den Correalobligationen S. 228 N. 5 erkannt, dem Ubbelohde Die Lehre von den unteilbaren Obligationen S. 200 N. 11 folgt. Anders Burckhard a. a. O. S. 338 N. 15, S. 484 N. 61; dazu noch Glück Serie der Bücher 39 u. 40 III S. 450. Doch vgl. jetzt auch Voigt XII Tafeln Bd. II S. 615 N. 14 und S. 617 N. 16, der nur wieder mit Unrecht Julians und Gaius' *a. damni infecti* als Kollektivbezeichnung für die A. aquae pl. arc. und „A. sartorum tectorum tuendorum“ auffasst. Diesen letzteren Namen wird ausser dem Erfinder schwerlich Jemand gebrauchen wollen.

plures domini sint et cum uno eorum agatur? (nam cum damni infecti agatur)⁷⁾, licet opus, ex quo damnum futurum sit, indiuiduum sit et ipsae aedes solumque earum non potest pro parte dumtaxat damnum dare, nihilo minus eum cum quo agitur pro sua parte condemnari. magisque existimat id seruandum in aquae pluviae arcendae actione, quod in actione damni infecti, quia utrobique non de praeterito, sed de futuro damno agitur.

Endlich dürfte es schwer fallen, in dem oben mitgetheilten Paulusfragmente (l. 14 § 2) das neuere praetorische Recht zu erkennen. Wenn der Jurist dieses im Sinne hatte, weshalb sollte er das eine durchaus notwendige Wort: *stipulationem* unterdrückt haben? Nimmt man dagegen die Stelle, wie sie vorliegt, so wird gewiss kein unbefangener Leser in dem Satze *sicut in damni infecti* etwas Anderes hinzudenken als *iudicium*; ein *iudicium* aber, in welches, wie Paulus sich ausdrückt, *damnum futurum uenit*, ist dem Edictsrechte fremd.

So hätten wir denn allem Anscheine nach in den erwähnten Pandektenstellen, wenigstens in den zuletzt besprochenen, Spuren gefunden, welche auf die unbekannte Legisactio hinweisen. Damit ist ein Stück von dem materiellen Rechte der alten Klage zu Tage gefördert, nur freilich noch lange nicht genug, um eine vollständige Wiederherstellung der civilen Normen über das *damnum infectum* zu ermöglichen⁸⁾. Doch wird sich immerhin das

⁷⁾ Die in Klammern gesetzten Worte schaltet Mommsen ein.

⁸⁾ Voigt hat Dies trotzdem unternommen in den XII Tafeln l. c., ohne den Leser auf die Unsicherheit seiner Aufstellungen aufmerksam zu machen.

den Digesten entnommene Quellenmaterial in doppelter Richtung verwerten lassen. Vor Allem zur Widerlegung der Burckhard'schen Hypothese, derzufolge das altcivile Rechtsmittel den Ersatz der Reparaturkosten zum Ziele hatte, welche vom Bedrohten auf das nachbarliche Gebäude verwendet waren⁹⁾. Augenscheinlich findet diese Lehre in den Aeusserungen des Julian und Paulus so wenig irgend welche Unterstützung, dass sie mit den letzteren kaum mehr in Einklang zu bringen wäre.

Ferner wird es gestattet sein, aus der Nebeneinanderstellung der *actio aquae pluviae arcendae* und *actio damni infecti*, die auch noch in l. 3 § 2 D. de aqua und l. 13 § 12 D. de a. e. wiederkehrt, auf eine nahe Verwandtschaft der beiden Klagen zu schliessen. Auch Das lässt sich erkennen, worauf dieses Verhältniss gegründet war, da die Bemerkungen der Pandektenjuristen ziemlich deutlich auf eine Aehnlichkeit im Gegenstand der Ansprüche hinweisen. Dagegen muss wohl die Verfolgung im Processe hier und dort sehr wenig Uebereinstimmung gezeigt haben, weil sich sonst das Schicksal der beiden Actionen nach der Processreform nicht so verschieden hätte gestalten können. Bevor wir nun diesen Punkt, auf den hier Alles ankommt, aufzuklären suchen, ist noch genauer festzustellen, worin denn eigentlich in der Geschichte der *actio damni infecti* das Auffallende und der Erklärung Bedürftige besteht.

Drei verschiedene Klassen von Civilactionen müssen unterschieden werden. Zur ersten und zahlreichsten ge-

⁹⁾ Burckhard selbst (a. a. O. II S. 89 N. 79) ist wohl nicht unberührt geblieben von dem Zweifel, ob für die von ihm angenommene Klage die Bezeichnung *actio damni infecti* entstehen konnte.

hören diejenigen, welche seit der Lex Aebutia das alte processualische Kleid abstreifen und in der neuen Form der schriftlichen *uerba concepta* fortleben¹⁰⁾. Unter ihnen sind nur die Vindicationen besonders ausgezeichnet, insofern bei diesen noch im Postjulischen Recht das Verfahren sowohl mit Schrift- wie mit Spruchformel zulässig bleibt, während bei den übrigen die Augusteische Gerichtsordnung den Legisactionenprocess gänzlich beseitigt.

In die zweite Klasse wollen wir solche Civilklagen einreihen, die nach dem ersten Reformgesetz, vielleicht auch schon früher, in der Praxis allmählich abkommen, weil sich das materielle Recht, das sie verwirklichen sollten, nicht zu behaupten vermag, und die nun aus diesem Grunde auch an dem Uebergang in das Aebutische System nicht mehr Teil nehmen.

Mit der Abschaffung des Legisactionenverfahrens hängt der Untergang dieser Klagen in keiner Weise zusammen¹¹⁾.

¹⁰⁾ Die *condemnatio pecuniae* ist nichts der Schriftformel schlechthin Wesentliches. Wahrscheinlich war sie in beschränktem Umfang schon vor der Reform bekannt, und es muss nicht gerade das Aebutische Gesetz gewesen sein, durch welches sie im Formularprocesse obligat wurde. Bekkers Ansicht ist schon oben § 7 N. 6 mitgeteilt; weitere Litteratur bei Keller Civilprocess § 16 N. 222. Mir scheint es allzu kühn, auch nur eine Vermutung zu äussern, obwohl es nahe liegt, die Reform in beiderlei Beziehung demselben Gesetze zuzuweisen. Widerspruch aber müsste erhoben werden gegen die Annahme, dass die Ermächtigung der Geschworenen zur Geldcondemnation durchaus auf praetorischem Rechte beruhte. Das Gegenteil halte ich für sicher; nur ist deswegen der Gedanke keineswegs verwerflich, den Ursprung der Regel im Honorarrecht, u. z. in der Peregrinenrechtspflege zu suchen.

¹¹⁾ Ich unterlasse es, das im Text Gesagte zu schützen gegen die Verweisung auf Gell. XVI. 10, 8, weil wir diese Stelle später nochmals in Betracht ziehen müssen. Uebrigens ist meine Auffassung derselben schon oben im § 9 (S. 102, 103) u. § 11 (S. 155 N. 41) mitgeteilt.

da der Aufstellung entsprechender Civilactionen in Schriftform Nichts im Wege gestanden hätte. Dagegen ist das Absterben derselben allerdings mitverursacht und erst ermöglicht durch die Entfaltung des praetorischen Rechtes: durch das Proponiren nämlich von praetorischen Concurrenzklagen, welche den Anforderungen ihrer Zeit besser genügten und so die alten Civilactionen entbehrlich machten. Selbstverständlich sind übrigens die volksrechtlichen Klagen durch die honorarischen *Judicia* nicht unmittelbar abgeschafft, sondern abrogirt erst *per desuetudinem* (l. 32 § 1 D. de leg. 1, 3). Nur war die Entstehung dieses Gewohnheitsrechtes erheblich gefördert und der Inhalt desselben mitbestimmt durch jene praetorischen Neubildungen, die einen willkommenen Ersatz boten.

Um das Gesagte mit Beispielen zu belegen, mag insbesondere an die Furtums- und Iniurienklagen des Zwölftafelrechts erinnert werden. Die Erzählung des Gaius¹²⁾

¹²⁾ Die freilich neuesten in der Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 222 für falsch erklärt ist. Nach Gellius XI. 18 § 9—12 — meint P. Krüger — sei die Einführung der Klage auf das *tripulum* wegen *furtum conceptum* durch das praetorische Edict nicht zu bezweifeln, also Irrtum oder Unkenntniß von Gaius nach dieser Seite hin (*concepti . . . poena ex lege XII tab. tripli*) bewiesen. Fürwahr eine schwere Anklage und wohl das Schlimmste, was man bisher dem Institutionenverfasser zur Last gelegt hat! Ein Jurist der Hadrianischen Zeit soll nicht gewusst haben, ob die *actio concepti* auf das *tripulum* eine civile oder eine praetorische Klage sei! Darnach hätte Gaius weder das Zwölftafelrecht noch das praetorische Album gehörig gekannt; er, der doch beide Rechtsquellen selbst commentirt oder — wenn man möglichst schlecht von ihm denken will — mindestens die vorhandenen älteren Commentare fleissig ausgeschrieben hat. Mir scheint dieser Vorwurf ganz unglaublich, und ich würde daher keinen Augenblick zögern, dem Nichtjuristen Gellius, der aus Sabinus schöpft, ein Missverständniß seiner Quelle Schuld zu geben, wenn ein Widerspruch mit Gaius wirklich vorläge. Es ist jedoch in Wahrheit ein

III. 189—191 lässt sehr deutlich erkennen, wie ein Teil der altcivilen Furtumsklagen unberührt von der Aebutischen Reform — vielleicht schon vor derselben — aus dem geltenden Rechte ausschied, während der andere: die *actio furti nec manifesti, concepti* und *oblati* von den Praetoren „conservirt“, d. h. nach der Norm des neuen Processgesetzes in die Schriftform gebracht ward.

Rascher noch als die Bestimmungen über das Furtum mochten sich die Strafen überleben, welche die Decemviri auf die Iniurien¹³⁾ gesetzt hatten. Daher sind wohl die

Widerspruch gar nicht vorhanden. Dass die *a. furti concepti* auf das *tripulum* ein praetorisches Institut sei, das behauptet zwar Krüger, keineswegs aber Sabinus und Gellius. Nach der Darstellung des Letzteren erscheint die eben genannte Klage — ganz sicher ist dieser Schluss nicht — als die jüngere gegenüber jenem anderen Rechtsmittel, das eine erfolgreiche Haussuchung *per lancem liciumque* zur Voraussetzung hat. Dies und nichts Anderes ist aus Gellius zu entnehmen. Damit aber ist auch der Bericht des Gaius sehr gut verträglich, wenn man einen gewissen Sprachgebrauch im Auge behält, der bei unserem Juristen wiederholt vorkommt, und den dieser gelegentlich selbst genau erklärt (vgl. oben S. 33). *Ex lege XII tabularum* heisst nämlich bei den Veteres und bei Gaius auch Dasjenige, was kein Mensch in den Zwölftafeln zu finden vermag, wenn es nur später durch „Interpretation“ in das Gesetz hineingetragen war. Völlig erwiesen ist dieser Sprachgebrauch durch Inst. I. 165. *Ex eadem lege XII tabularum* — sagt Gaius — *libertarum et impuberum libertorum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet*; um sofort zu bemerken, dass das Gesetz thatsächlich nichts dergleichen enthalte; allein: *crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere*. Welches Kunststück die priesterlichen Juristen der alten Zeit ausführten, um ex lege XII tabularum an die unfeierliche Haussuchung, die in der Praxis — wahrscheinlich ohne legalen Anhalt — entstanden war, eine Actio auf das *tripulum* anzuknüpfen, das lässt sich nicht mehr ergründen. Dass aber der Hergang wirklich der hier gegebenen Andeutung entsprach, diese Annahme scheint mir allerdings nach der Lage der Quellen geradezu geboten.

¹³⁾ Ueber das *membrum ruptum* und *os fractum* der tab. VIII vgl. Voigt XII Tafeln Bd. II S. 520—522, 533—535. Voigt unterstellt die

von der Lex gegebenen Poenalansprüche nie in anderer Weise geltend gemacht worden als in den Formen des alten Verfahrens. Eine Stütze — freilich eine sehr schwache — findet das Gesagte in dem Ausspruch des Juristen bei Gellius XVI. 10, 8, demzufolge die bekannten *uiginti quinque asses* ungefähr in derselben Zeit abgekommen wären, wo *lege Aebutia lata* auch die meisten Legisactionen verschwanden. Dagegen ist der Umstand ausdrücklich bezeugt¹⁴⁾, dass es die praetorische Jurisdiction war, welche die Lücke ausfüllte und auf diesem Wege die Beseitigung des Zwölftafelrechts durchsetzte.

Minder durchgreifenden Erfolg hatten einige andere praetorische Rechtsmittel: einmal solche, deren Anwendungsgebiet nicht völlig zusammenfiel mit dem der gesetzlichen Klage, wie die *actio arborum furtim caesarum* gegenüber der *a. de arboribus succisis*¹⁵⁾, dann solche, die im Wesentlichen¹⁶⁾ mit der Actio legitima übereinstimmten und so nur als zweite verbesserte Auflage derselben erschienen, wie das *interdictum de arboribus cae-*

beiden Specialdelikte nicht der *iniuria*, sondern der „*noxia nociva*“. Die Gründe scheinen mir beachtenswert. Auffallend ist es, dass Landsberg Iniuria und Beleidigung § 4 (1886) kein Wort darüber sagt.

¹⁴⁾ Gell. XX. 1, § 12, 13 nach Labeo; dazu Huschke Gaius, Beiträge S. 127, 128, Landsberg l. c. § 5.

¹⁵⁾ Vgl. Lenel Edict S. 268, 269, Voigt a. a. O. Bd. II S. 536 N. 1, 2.

¹⁶⁾ Nicht durchaus; s. in Betreff des Interd. de arb. caed. Voigt Bd. II S. 634 N. 7, auch Schmidt Interdictenverfahren S. 300, ferner über das Interd. de glande leg. Ihering Geist II² § 44 zu N. 628 (anders Voigt Bd. II S. 646 N. 17) und im Allgemeinen Wlassak Edict § 3. — Ob es angeht, mit Voigt S. 633 die ganze Sentenz des Paulus V. 6, 13 auf die alte Civilklage zu beziehen, ist mir sehr zweifelhaft. Eher möchte ich glauben, dass gesetzliches und praetorisches Recht combinirt sei.

dendis im Verhältniss zur Zwölftafelklage in l. 2 D. de arb. caed. (43, 27), oder das *interdictum de glande legenda* gegenüber der, vermutlich gleichnamigen Actio bei Plinius Hist. nat. XVI. 5, 15.

Von den erwähnten Civillagen ist noch in klassischer Zeit keine¹⁷⁾ durch die Concurrenz des Jus honorarium völlig verdrängt; andererseits aber hat es höchst wahrscheinlich auch keine mehr im Hadrianischen Album zu einem Formelschema gebracht¹⁸⁾. Der Grund davon ist offenbar die Seltenheit des Gebrauchs, keineswegs die Unmöglichkeit, den Civilanspruch *de arboribus succisis* u. s. w. im Aebutisch-Julischen Prozesse zu verfolgen. Vielmehr sind entsprechende Schriftformeln sicherlich vorgekommen, da ja die Legisactio schon seit 737 nicht mehr anwendbar war, während doch unsere Zwölftafelklagen noch im zweiten und dritten Jahrhundert der Kaiserzeit dem geltenden Rechte angehören¹⁹⁾.

Zu den Klagenkategorien I und II, die oben aufgestellt sind, tritt endlich noch eine dritte Actionengruppe hinzu, der wir diejenigen Civilrechtsmittel zuweisen, bei welchen die Umwandlung des solennen Parteispruchs in eine mit der alten Intentio ausgestattete Schriftformel nicht zum gewünschten Ziele geführt hätte, weil der letzteren die Fähigkeit abging, die Legisactio in allen ihren Functionen zu ersetzen.

¹⁷⁾ M. E. auch die Actio de glande legenda nicht, die freilich in den Pandekten unterdrückt ist; vgl. aber l. 236 § 1 D. de V. S. (50, 16) aus Gai. lib. IV. *ad legem duodecim tabularum*.

¹⁸⁾ S. auch Lenel Edict S. 153 (etwas anders: S. 269), S. 390 N. 7.

¹⁹⁾ Die A. de arb. succisis kennt Ulpian (l. 3 D. arb. furt. 47, 7) und Paulus (l. 28 § 6 D. de iureiur. 12, 2), die A. de arb. sublucandis Pomponius (l. 2 D. de arb. caed. 43, 27) und Paulus (Sent. V. 6, 13), die A. de glande leg. Gaius (N. 17).

Der Begriff des *lege agere* ist — wie man längst bemerkt hat²⁰⁾ — nicht beschränkt auf das Handeln im Rechtstreit, nicht einmal auf das Handeln im Gerichte. Das Eine ist bezeugt durch die *Legisactio* in der „freiwilligen“ Gerichtsbarkeit, das Andere durch Gai. IV. 29. Offenbar hiess *lege agere* ursprünglich jedes Handeln nach gesetzlicher Norm, insbesondere das Handeln in einer von der *Lex* vorgeschriebenen Form. In klassischer Zeit ist freilich diese Bedeutung nicht mehr die technische. Damals und wohl schon erheblich früher wird *legis actio* von den Juristen im engeren Sinne gebraucht^{20a)}, um jene gesetzlichen Formalacte zu bezeichnen, die — äusserlich betrachtet — der Rechtsbehauptung oder Rechtsverfolgung dienen, mochte dann in Wahrheit diese Absicht oder irgend eine andere rechtsgeschäftliche der juristischen Handlung zu Grunde liegen.

Vergleicht man nun die Aebutischen *uerba concepta* mit der *legis actio*, so zeigt die letztere Verwendbarkeit in viel weiterem Umfang als die ersteren. Nur wo das *lege agere* ein durchaus gerichtliches ist, und wo es zum wirklichen Rechtstreit mit *Judicium* führt, konnte die Schriftformel an dessen Stelle treten²¹⁾. Hier, wo es galt, den fertigen klägerischen Anspruch juristisch zu gestalten und überhaupt den Streitstoff gehörig begrenzt dem Geschwornen zu übermitteln, leistete die Schrift Dasselbe und wohl noch Mehr als die Spruchform. Dagegen war die *Legisactio* unersetzlich, — ganz abgesehen von den Fällen der freiwilligen Gerichtsbarkeit — überall dort, wo

²⁰⁾ S. Ihering Geist III¹ § 47c, Voigt Jus naturale Bdl. III S. 21 N. 6, auch Demelius Confessio S. 39—48.

^{20a)} Im engsten Sinne von der Minderzahl der Juristen, welche nur eine *in iure* gesetzte *legis actio* anerkennen wollen (Gai. IV. 29).

²¹⁾ Vgl. Sohn Institutionen S. 149.

ihr die Aufgabe zufiel, dem Rechtsansprecher eine Klage erst zu verschaffen²²⁾, wo sie also mit zum Thatbestand gehörte, aus dem der klagbare Anspruch hervorging.

Eine Reihe von Beispielen dieser Art bietet vor Allem die Gaianische Darstellung der *pignoris capio* IV. 26—29. Die Bemerkung in IV. 32 über die Fiction²³⁾ zeigt unwiderleglich, dass die formelle Pfändung nicht blos Rechtsverfolgung war, sondern zugleich ein Act von rechtsbegründender Wirkung. Dabei mag das — nicht näher bekannte — Recht an der *res capta* ganz ausser Acht bleiben. Wichtiger für das Verständniss der Legisactio ist die daneben zu Gunsten des Pfändenden entstehende Forderung auf *luere*, d. h. auf eine Lösungssumme, die höchst wahrscheinlich²⁴⁾ den ursprünglichen Schuldbetrag

²²⁾ Sehr ungewiss bleibt es, ob dieser Gesichtspunkt nicht auch zutrifft bei der *manus iniectio*. Oben (im § 9), wo die Entstehung der formlosen Personalexecution zurückgeführt ist auf die *Aebutia*, hat mich nur der Gedanke geleitet, dass die *l. a. p. m. i.* selbst noch nicht Rechtsstreit ist und nur selten dazu führen mochte. Schon aus diesem Grunde konnte unmöglich die schriftliche *a. iudicati* allein die Rolle der *man. iniectio* übernehmen.

²³⁾ *Item in ea forma quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat, luere deberet tantam pecuniam condemnatur.* Demelius Rechtsfiction S. 57: „ein luere oportere war undenkbar“ unterstellt ohne Grund gleiche Wirkungen der publicistischen *l. a. p. c.* und der privaten Pfandconvention des praetorischen Rechtes. [Dagegen neuestens auch Mommsen Staatsrecht Bd. I (3. Aufl.) S. 177 N. 1, dessen Auffassung der *l. a.* im Uebrigen wesentlich abweicht von der hier vertretenen.]

²⁴⁾ So die Meisten mit Keller Civilprocess § 20 in f. und Ihering Geist I S. 160 (3. A.); dagegen Karlowa Legisactionen S. 206. Pernice in Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 127 N. 2. — Gai. IV. 33 hebt den Gegensatz hervor, in dem die *formula*, welche die alte *condictio* ersetzt, zu der praetorischen *forma* steht, *quae publicano proponitur*: Wenn wir eine civile Forderung haben auf *pecunia certa* oder *res aliqua certa* und mit der *condictio* des neueren Processes klagen, dann — sagt

überstieg. Sollte aber Jemand dies Letztere in Zweifel ziehen, so wird er trotzdem das durch solenne Eigenmacht gewonnene persönliche Recht als ein neues²⁵⁾ ansehen müssen gegenüber dem ursprünglichen, • direct nicht²⁶⁾ erzwingbaren Anspruch.

In welcher Form dann der Gläubiger diese neue Forderung gerichtlich geltend machte, das ist hier nicht genauer zu erörtern. Immerhin darf bemerkt werden, dass nach Gaius' (IV. 29²⁷⁾ Auffassung ohne Zweifel die *legis*

Gaius — *eam ipsam dari nobis oportere intendimus*, während der Publicane — so ergänze ich — mit der ficticischen Formel nicht den Betrag seiner ursprünglichen Steuerforderung einklagt, sondern das Lösegeld, welches der Schuldner im Falle feierlicher Pfändung zahlen müsste.

²⁵⁾ Ob zum Beleg Gai. IV. 108 angeführt werden darf, ist sehr zweifelhaft; doch genügt Gai. IV. 32: . . *luere deberet*.

²⁶⁾ Ausgemacht scheint mir, dass die Zwölftafeln im Fall der *emptio hostiae* und der *locatio iumentis* auf das *pretium* und die *merces* keine Klage gewährten, sondern nur *pignoris capio* zuließen; sehr wahrscheinlich, dass die Verpflichtung zum *luere* ausdrücklich festgestellt war. Freilich könnte diese letztere auch erst durch die Interpretatio hinzugefügt sein. Schwieriger ist ein Urteil über die *p. c. lege censoria data* der Publicanen, weil die L. agraria v. 643 Z. 36—39 anscheinend dem Steuerpächter eine gewöhnliche *petitio* gab auf die *pecunia ex hac lege debita*, und auch Cic. in Verr. III c. 11 § 27 vom *publicanus petitor* aut (Manche lesen: *ae*) *pignerator* spricht; s. Bruns in den Symbolae S. 58, 59, Pernice in d. Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 66, 71. Indess ist doch keineswegs erwiesen, dass *petitio* und *pigneratio* im einzelnen Fall neben einander zustanden: in der L. agraria ist die Pfändung nicht erwähnt; vgl. auch Karlowa Legisactionen S. 215, 216. Sollten aber die Publicanen immer und überall befugt gewesen sein, entweder zu klagen oder zu pfänden, dann wäre die Aufstellung der *formula ficticia* (Gai. IV. 32) ganz unerklärlich, wenn man nicht annimmt, dass mit der letzteren Mehr zu erreichen war als mit der *petitio*.

²⁷⁾ *Ex omnibus autem istis causis certis urbis pignus capiebatur, et ob id plerisque placebat hanc quoque actionem legis actionem esse; quibusdam autem [contra] placebat, primum quod pignoris capio extra ius peragebatur, id est non apud praetorem, plerumque etiam absente*

actio per pignoris capionem mit der Pfändung zu Ende war²⁸⁾). Musste dann noch vor dem Praetor geklagt werden, so fiel dieses Verfahren nicht mehr in den Rahmen des vorausgeschickten *modus agendi*. Vielmehr war der spätere Process ein völlig neuer und dessen Form durch die vorhergehende *legis actio* nur insofern beeinflusst, als der klägerische Spruch vermutlich die *pignoris capio* als Entstehungsgrund der Klagforderung bezeichnete. Darnach steht das eben Gesagte auch nicht im Widerspruch mit dem — übrigens unbewiesenen — Satze Bethmann-Hollwegs²⁹⁾, demzufolge der „Uebergang einer Legisactio in eine andere“ etwas Unmögliches gewesen sei. Nicht ein „Uebergang“ ist behauptet worden, sondern lediglich die zeitliche Aufeinanderfolge von zwei ganz selbständigen Proceduren, deren eine sich *extra ius* abspielte, während der Schauplatz der anderen, die wohl meist vermieden wurde, nur das Gericht des Praetors sein konnte.

Ist die gegebene Schilderung zutreffend, so wird nun auch der Einfluss der Reformgesetze auf den fünften Gaianischen *modus agendi* unschwer zu bestimmen sein. Nach

aduersario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti possent quam apud praetorem praesente aduersario, praeterea quod nefasto quoque die, id est quo non licebat lege agere, pignus capi poterat.

²⁸⁾ Die neuere Litteratur über l. a. p. c. bei Keller Civilprocess § 20 N. 267^a und Karlowa Legisactionen S. 201 N. 1—3; dazu noch Sohm Institutionen S. 143, 144, der — im schärfsten Widerspruch mit Gaius — behauptet: „die *pignoris capio* erzeugt eine *actio*, die *legis actio per pignoris capionem*“, [und Mommsen Staatsrecht Bd. I S. 177 N. 1 — 3. Aufl.]. Gegen Ihering Geist I S. 159—162, und über die Klagen, die dem unrechtmässig Gepfändeten zustanden, vgl. insbesondere Bekker Actionen Bd. I S. 44, 45 N. 2, auch Huschke Multa S. 402, Pernice a. a. O. S. 128, 129.

²⁹⁾ Civilprocess Bd. I S. 163 N. 33.

der oben dargelegten Auffassung war die *pignoris capio* ein durchaus aussergerichtlicher Legalact, der die Anordnung eines Judiciums in keiner Weise vorbereitete, und der überhaupt ein gerichtliches Verfahren (zunächst wieder *in iure*) nur insofern zur Folge haben konnte, als der *pignerator* durch die solenne Pfändung eine klagbare Forderung (*Actio in personam*) erwarb.

Hiernach war natürlich die *Lex Aebutia* und *Julia* so wenig wie irgend ein anderes Gesetz, das blos die Form des Verfahrens betraf³⁰⁾, im Stande, einen Ersatz zu schaffen für die alte *pignoris capio*. Offenbar wäre eine Schriftformel nur dann geeignet gewesen, die *pignratio*, die auch ein persönliches Recht erzeugte, entbehrlich zu machen, wenn das Gesetz zugleich den zum Erwerb der Obligation (auf das *luere*) erforderlichen Thatbestand abgeändert hätte. Dass dies nicht geschah, dafür haben wir noch ein besonderes Zeugnis in der honorarischen³¹⁾ *forma ficticia* bei Gai. IV. 32³²⁾, deren Aufstellung nur begreiflich wird, wenn die

³⁰⁾ S. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. II S. 6 und Huschke *Multa* S. 496 N. 399, die aber Unrichtiges beimischen.

³¹⁾ Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. II S. 305, 306; sehr unbefriedigend Keller *Civilprocess* § 25 (S. 122, 123). Nach Pernice l. c. S. 129 hätte „sich die alte Legisaction in eine Ersatzklage mit fictischer L. A. verwandelt“. Hält P. die „Ersatzklage“ für civil?

³²⁾ *Talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset... luere deberet.* Keller l. c. N. 300 und Lenel *Edict* S. 313 drucken die Stelle unverändert mit dem *olim* ab, ohne eine Bemerkung beizufügen; Rudorff *Edictum* p. 168 nimmt dieses Wort in die ergänzte Formel nicht auf. Zur Zeit der ersten Proponirung der fictischen Klage stand die feierliche Prändung sicherlich noch in unbestrittener Geltung. Man denke etwa an die Periode des Aebutischen Rechtes. Ich glaube, Niemand wird dem Erfinder der Formel die Fiction eines Thatbestandes zutrauen, der dem damals geltenden *Jus civile* nicht mehr angehörte. Doch werden wir besser noch einen Schritt weitergehen und das *olim*

einschlägigen Sätze des materiellen Civilrechts keine Veränderung erlitten.

Freilich ist trotz Allem auch die solenne Pfändung nicht ganz befreit geblieben von der Einwirkung der Reformgesetze³³⁾, die vermutlich übereinstimmend ein sehr allgemein lautendes Capitel über die Aufhebung³⁴⁾ der „*legis actiones*“ enthielten³⁵⁾. Durch dieses glaubten sich die Juristen (die *plerique* des Gai. IV. 29) wahrscheinlich ermächtigt, die Notwendigkeit der *certa uerba* wie bei der *manus iniectio* so auch bei der *pignoris capio* zu leugnen³⁶⁾. Die Pfändung selbst aber musste man jedenfalls festhalten, mit den solennen Worten oder ohne dieselben, da die vom Praetor gegebenen ficticischen Klagformeln die *Legisactio* natürlich nur insoweit ersetzten, als diese eine Forderung

auch im Hadrianischen Album tilgen. Gaius fügt es aus Eigenem hinzu, weil in der Zeit des Antoninus Pius die solenne *pignoris capio* thatsächlich nicht mehr vorkam. Ausdrücklich und insbesondere war dieser *modus agendi* gewiss auch durch die Lex Julia nicht beseitigt, und das Absterben des Instituts dürfte — von anderen Momenten abgesehen — viel mehr gefördert sein durch die honorarischen Klagformeln mit Fiction, als durch das oben im Text erwähnte Capitel der Augusteischen Gerichtsordnung. Als nun endlich die *pignoris capio* wirklich antiquirt war, konnte der Geschworne, dem die ficticische Formel vorlag, immerhin — auch ohne jenes *olim* — noch verurtheilen, da keine Norm existirte, welche die Wirkung des Pfändungsactes aufhob, sondern nur eine, von Gaius auf die *Julia* gestützte, Rechtsanschauung, die dem, nach altem *Ius civile* zur Pfändung Befugten diese versagte, soweit die nämlichen Vorteile erreichbar waren durch die praetorische Klage.

³³⁾ Arg. Gai. IV. 30: *sed istae omnes legis actiones* nach IV. 29, ferner IV. 32: *olim*.

³⁴⁾ S. oben § 10 S. 104.

³⁵⁾ Die *legis actio* zu rechtsgeschäftlichen Zwecken war wohl ausdrücklich ausgenommen.

³⁶⁾ Die Gründe für die Annahme einer formlosen p. c. im Rechte der Kaiserzeit sind schon oben § 12 N. 1 (S. 158) angedeutet.

ins Leben rief, nicht aber jene reale Sicherheit gewährten, welche der *pignerator* in der *res capta* hatte.

Weshalb die *certa uerba* auch bei der Pfändung in *odium uenerunt*, ist nicht festzustellen; möglich war es ohne Schwierigkeit, sie abzuwerfen, weil die *pignoris capio* sich als Realact darstellte, der sehr gut bestehen konnte ohne die begleitende Feierlichkeit. Andererseits hatte — wie ich glaube — die formlose *pignratio* niemals auch die andere Wirkung, den Gepfändeten persönlich neu zu verpflichten, da in dieser Richtung der die Obligation auflegende Spruch des *lege* Agirenden der alleinige Entstehungsgrund war, mithin nach dem Wegfall des Spruches ein obligirender Thatbestand nicht mehr vorlag.

So gelange ich also zu dem Ergebniss, — vielleicht teilweise übereinstimmend mit den *quidam* bei Gai. IV. 29 — dass die Julische Gerichtsordnung die solenne *pignoris capio* nicht oder doch nicht in der Art treffen wollte wie die gerichtlichen *legis actiones*. In der That wäre bei dem in Rede stehenden *modus agendi* eine Aufhebung (*tollere*) im Sinne des Nichtgebrauchendürfens³⁷⁾ der *certa uerba* ganz zwecklos gewesen. Verständiger Weise konnten die Juristen nur erklären: die Feierlichkeit ist überflüssig, so weit es sich blos um das Recht an der *res capta* handelt, überflüssig nach dem

³⁷⁾ Dies gilt eigentlich auch für die meisten gerichtlichen Spruchformeln; dennoch ist ein wesentlicher Unterschied anzunehmen. *In iure* genügten die Legisactionen seit der L. Julia nicht mehr: es musste eine Schriftformel concipirt werden, die nach dem Gesetze allein massgebend war. Dagegen hätte es keinen Sinn gehabt, die *uerba certa* des Prändenden für rechtlich bedeutungslos zu erklären und statt derselben etwas Anderes zu fordern.

Julischen Gesetze gerade so wie vorher schon nach der Lex Aebutia.

Darnach entsteht noch die Frage, ob wir den durch Gaius für das zweite Jahrhundert bezeugten Wegfall der förmlichen Rede bei der *pignoris capio* übertragen dürfen in die Zeit des Augustus. Da eine sichere Beantwortung nicht möglich scheint, sind wenigstens die Punkte hervorzuheben, welche für die Lösung der Frage einigen Anhalt gewähren könnten. Waren — wie ich vermute — im Jahre 737 die ficticischen Formeln längst proponirt, welche in einer Richtung die unbequeme Pfändung völlig ersetzten, und war schon auf Grund des Aebutischen Gesetzes die formlose *pigneratio* von den Juristen als gültig anerkannt, dann konnte immerhin der Formalact noch in republicanischer Zeit ausser Gebrauch kommen, und es konnte sogar das Capitel der Lex Julia über die Abschaffung der Legisactionen absichtlich so allgemein gefasst werden, dass auch der fünfte *modus agendi* dadurch beseitigt erschien. Eine fühlbare Lücke wäre unter dieser Voraussetzung nicht mehr entstanden, weil das praetorische Recht zum Jus civile ergänzend hinzutrat. Möglicher Weise aber hat sich der von Gaius geschilderte Rechtszustand doch erst in der Kaiserzeit festgestellt unter dem Einflusse der interpretirenden Juristen, welche nachträglich die Norm der Lex Julia ausgedehnt hätten auf Acte der Rechtsverfolgung *extra ius*, insbesondere auf die feierliche *pignoris capio*³⁸⁾.

³⁸⁾ Hat es für das gerichtliche Verfahren Spruchformeln gegeben, welche die durchgeführte *pignoris capio* als Entstehungsgrund der Klagforderung bezeichneten, so wäre deren Umwandlung in civile Schriftformeln ohne Weiteres möglich gewesen. Indess ist es dazu schwerlich gekommen, wenn schon in Vorjulischer Zeit die praeto-

Wlassak, Röm. Processgesetze.

Um weitere Beispiele zu nennen von Actionen, die der oben (S. 249, 250) aufgestellten dritten Gruppe angehören, verweise ich noch kurz auf die *furtorum quaestio cum lance et licio* und auf die altcivile³⁹⁾ *operis novi nuntiatio*. Die letztere ist freilich durchaus problematisch, da sich nicht einmal die Existenz, noch weniger die Beschaffenheit derselben aus den Quellen erweisen lässt. Der gangbaren Vorstellung⁴⁰⁾ nach war die Nuntiation ein aussergerichtlicher rechtsbegründender Formalact⁴¹⁾, der frühzeitig in Vergessenheit geriet, verdrängt durch das gleichnamige praetorische Parallelinstitut⁴²⁾. Die feierliche Protestation gegen das *opus novum* wäre demnach ebenso der zweiten wie der dritten Actionenklasse beizuzählen.

rischen *formulae ficticiae* proponirt waren, da diese Beides ersetzten, sowohl die aussergerichtliche Pfändung, wie die auf Grund derselben anzustellende Civillage. Das Hadrianische Album kannte jedenfalls nur die honorarischen Formeln mit Fiction.

³⁹⁾ S. Ad. Schmidt im Jahrb. d. gem. Rechts Bd. IV S. 211, 212 und in d. Krit. Vierteljahrsschr. Bd. VII S. 292, Karlowa Beiträge S. 72 N. 26, Bekker Actionen Bd. I S. 46 N. 4, Burckhard bei Glück Ser. d. Bücher 39, 40 I S. 7—10, Wach zu Keller in N. 267^b, Demelius Confessio S. 40.

⁴⁰⁾ Vgl. insbesondere Bekker a. a. O. S. 46—49, der als „Erzeugniss der Nuntiation selber“ ein *ius prohibendi* annimmt, das freilich („vermutlich“) nur durch Selbsthülfe realisirbar gewesen sei. Den rechts- wie den klagerzeugenden Erfolg leugnet Voigt XII Tafeln Bd. II § 148 N. 15.

⁴¹⁾ Voigt XII Tafeln Bd. I S. 191 tritt wieder für den *iactus lapilli* ein; vgl. aber Burckhard a. a. O. I S. 41, 42 (nach Stölzel).

⁴²⁾ Ungenau ist es und irreführend (s. z. B. Burckhard l. c. I S. 9) von einem Institut der o. n. n. zu reden, das später „entwickelt und ausgebildet sei durch das praetorische Edict“. Es liegt mir fern, zu glauben, die civilrechtliche Nuntiation sei unbestreitbar. Hat sie aber existirt, dann müssen wir die Analogie der Rechtsmittel wegen *damnum infectum* heranziehen und an zwei selbständige Institute denken, an ein civiles und ein praetorisches.

Dasselbe gilt ungefähr auch von der solennen *quaestio furtorum*. Die erfolgreiche⁴³⁾ Haussuchung — ein Legalact *extra ius* — verschafft dem Bestohlenen erst ein Klagrecht gegen den Hehler: die civile *actio furti manifesti*. Diese Klage hätte ohne Zweifel in den Formen des Aebutischen Processes fortleben können; dagegen war begreiflich die aussergerichtliche *quaestio* auf Grund des Reformgesetzes durch eine Schriftformel nicht zu ersetzen. Wäre nicht in oder vor der Zeit der Lex Aebutia das materielle, die Furtumsstrafe betreffende Civilrecht seiner Härte wegen unhaltbar geworden (Gai. III. 189), so hätte der Praetor hier genau in derselben Weise (mit einer Fiction) eingreifen müssen wie bei der *pignoris capio*, um einerseits die alte *poena furti manifesti* aufrecht zu erhalten, andererseits die Bürger doch zu befreien von gewissen lästigen Erfordernissen der feierlichen Haussuchung⁴⁴⁾.

Die vorstehenden Ausführungen sind zunächst veranlasst durch das im Eingang dieses Paragraphen gestellte Problem. Wir suchen eine Erklärung des anscheinend eigentümlichen Schicksals der *Actio damni infecti* in

⁴³⁾ Wahrscheinlich hatte die Verhinderung der *quaestio p. l. et l.* dieselbe Wirkung; arg. Gai. III. 192, 193. So auch (nach Vangerow) Karlowa Legisactionen S. 113, 114, Voigt XII Tafeln Bd. II § 139 zu N. 14^a, P. Krüger in d. Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 221, 222.

⁴⁴⁾ Ausdrücklich ablehnen möchte ich die Vermutung, dass in Folge der L. Aebutia die jüngere *quaestio testibus praesentibus* hervorgegangen sei aus der feierlichen Haussuchung, geradeso wie die unfeierliche Personalexecution aus der *l. a. p. m. i.* und die formlose *pignervatio* aus der *l. a. p. p. c.* Gell. XVI. 10, 8 beweist Dies keineswegs (s. N. 11), und überwiegende Gründe sprechen dagegen. Die jüngere *quaestio* dürfte älter sein als das Aebutische Gesetz, und aus diesem hätte man doch gewiss die Aenderung der Strafe (die *poena tripli* statt der capitalen) nicht herleiten können. Endlich sagt ja Gai. III. 191 ausdrücklich: *concepti poena ex lege XII tabularum tripli est*, vgl. dazu N. 12.

der Zeit der Reformgesetze. An die Stelle dieser Frage mag nun die andere treten, welcher von den drei Actionengruppen das genannte Rechtsmittel zuzuweisen sei? Zweifellos nicht der ersten Gruppe, da der Uebergang der Spruchform in das Julische Recht in der That unerklärlich wäre, wenn der Civilanspruch wegen des Schadens, der *uitio aedium* droht, statt mit *Legisactio* sofort mit einer Schriftformel hätte verfolgt werden können. Auch zur zweiten Klasse gehört unsere *Actio* gewiss nicht, da sie sowohl das Aebutische wie das Julische Gesetz lange überlebt hat, und ein Jurist aus der Zeit des Pius nur zu berichten weiss, dass sie jetzt in der Praxis vernachlässigt sei. Selbst Paulus⁴⁵⁾ scheint das civile Rechtsmittel noch gekannt zu haben; es dürfte also erst in der nachklassischen Periode völlig beseitigt sein. Erst damals ist die alte *Actio* und mit ihr wohl auch das zu Grunde liegende materielle Recht der Concurrenz des praetorischen Parallelinstitutes erlegen.

Aus dem eben Gesagten sind schon die beiden Fragen abzunehmen, die noch besonderer Erörterung bedürfen. Nicht die Erscheinung ist verwunderlich, dass die *Legisactio damni infecti* sich erhalten hat im Nachjulischen Rechte; denn als Ersatz derselben ist weder im Processe der *Lex Aebutia* noch der *Julia* eine civile Schriftformel entstanden, und die Absicht der Reformgesetze ging ja nur dahin, für die bestehenden Civilansprüche eine neue Form zu schaffen, keineswegs dahin, dieselben aufzuheben⁴⁶⁾.

⁴⁵⁾ In l. 14 § 2 D. de aqua 39, 3; dazu oben S. 243.

⁴⁶⁾ Dieses Argument allein ist ausreichend. Von unrichtigen Voraussetzungen gehen Diejenigen aus, welche wie Hesse Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 177 (1. Aufl.) und Burekhard bei Glück a. a. O. II S. 103 mit Huschke Gaius, Beiträge S. 212 (etwas

Daher kann nur Das unsere Aufgabe sein, zu erkunden, weshalb das civile Institut gegenüber der neueren Schöpfung des Praetors so lange Stand hielt, und ferner, weshalb es nicht zur Bildung einer Schriftformel gekommen ist, welche die Function der *Legisactio* übernommen hätte.

Die moderne Litteratur hat sich genauer nur mit der ersteren Frage beschäftigt, die zweite aber ausser Acht gelassen, vielleicht darum, weil bisher nicht deutlich genug erkannt ist, dass die praetorische Rechtssatzung Nichts zu

anders Multa S. 500 zu und in N. 413) die Geltung der *legis actio d. inf.* im Julischen Prozesse daraus erklären, „dass zu den Zeiten des Augustus, in die wenigstens die eine Lex Julia mit Recht gesetzt wird, noch Nichts über *damnum infectum* im Edict des Praetor urbanus vorgeschrieben war“. „Eine andere Ursache“, — fährt H. fort — „warum eine *legis actio* nur in diesem einzigen Falle übrig gelassen wurde, als weil es sonst für die römischen Bürger überhaupt an einer Rechtsverfolgung wegen d. i. gefehlt hätte, kann kaum gedacht werden“. Beiläufig: Dass das Album des Urbanpraetors noch gegen das Ende der Republik über das *damnum infectum* Nichts enthielt, ist unbewiesen und unwahrscheinlich. Burekhard S. 65—70 hat alle Mühe, die von Huschke übernommene Behauptung gegen eine Reihe von Quellenäusserungen aufrecht zu halten, und unglaublich erscheint es, dass der Stadtpraetor das — wie ich ebenfalls annehme — vom Peregrinenpraetor erfundene *commodius ius et plenius* (Gai. IV. 31) den röm. Bürgern im Verkehr unter einander längere Zeit versagt haben sollte. Indess glauben die Gegner doch ein Zeugniß dafür zu haben in der L. Rubria c. XX Z. 24, 25, 34, 35: denn anders sei die Verweisung auf das Album des Peregrinenpraetors nicht zu erklären. Auch Dies kann ich nicht zugeben. M. E. nennt das Gesetz nur darum die Tafel des Freudenpraetors, weil dort das Cautionsformular im Wortlaut zu finden war, während der Praetor urbanus sich damit begnügt haben wird, in Sachen des *damnum infectum* (und sonst mehrfach) auf das Album seines ausgezeichneten Amtsgenossen zu verweisen; vgl. Cic. ad. Attic. VI. 1, 15: *tertium, de reliquo iure dicundo, ἄγραγον reliqui. dixi me de eo genere mea decreta ad edicta urbana accommodaturum*. (Man beachte noch den Plural: *edicta*; die beiden Tafeln ergänzten sich.) Sollte man es in Rom nicht verstanden haben, sich unnütze Schreiberarbeit zu ersparen?

schaffen hat mit den oft genannten Gerichtsordnungen, und dass demnach auch das — unwidersprechlich honorarische — Recht der *cautio damni infecti* sich zur *legis actio* keineswegs so verhält, wie etwa die civile *formula petitoria* zur alten *uindicatio rei* und *hereditatis*⁴⁷⁾. Wer doch Gefallen fände an diesem Vergleich, der müsste sich bekennen zu der Anschauung, dass alle Civilansprüche unter dem Einfluss der Reformgesetze praetorischen Rechtes wurden, zu einer These also, deren Unrichtigkeit doch keines Beweises mehr bedarf⁴⁸⁾.

Mithin scheint es durchaus geboten, die beiden Fragen, die gar nicht zusammenhängen, auch gesondert zu behandeln. Zur Beantwortung der ersteren werden ein paar Worte genügen, da das Richtige schon von Ubbe-lohde⁴⁹⁾ angedeutet, und ein Teil davon jüngst von Burckhard⁵⁰⁾ überzeugend ausgeführt ist. Wie der Letztere darthut, waren die Vorschriften des civilen und des honorarischen Rechtes über das *damnum infectum* auch in materieller Beziehung wesentlich verschieden. Dadurch ist nur wieder die allgemeine Regel bestätigt, dass „der

⁴⁷⁾ Selbst die neueste Darstellung von Sohm Institutionen S. 149 N. 7 (2. A.) legt Missverständnisse mindestens sehr nahe: „An die Stelle des *lege agere* trat nach praetorischem Recht kein Formularprocess, sondern ein Verfahren extra ordinem“ . . . Das klingt recht bedenklich, besonders wenn man sich das im § 37 („Die Formula“) Gesagte vor Augen hält, wo die Gesetzesausführung und die freischaffende Thätigkeit der Praetoren nicht aus einander gehalten sind — wohl unter dem Einfluss A. S. Schultzes, der „nur zu weit geht“. Correct — abgesehen vom letzten Satze — ist die Ausführung von Burckhard a. a. O. II S. 82.

⁴⁸⁾ Vgl. meine Krit. Studien S. 12 zu N. 1.

⁴⁹⁾ In Haimers Vtljschr. Bd. IV S. 270, 271; vgl. auch Pernice a. a. O. Bd. XVIII S. 96.

⁵⁰⁾ A. a. O. II S. 80—87.

Praetor dem Civilrecht nie ohne Not Concurrenz macht, dass also die praetorische Norm dem Jus civile gegenüber immer eine Neuerung enthält⁵¹⁾. Im vorliegenden Fall bestand dieselbe in der Gewährung eines Cautionsanspruchs, während mutmasslich — was freilich Burckhard erkennt — die *legis actio damni infecti* (unter anderen Voraussetzungen) auf dasselbe Ziel gerichtet war wie die *actio aquae pluviae arcendae*, mithin auf ein *restituere*, genauer: auf Beseitigung oder Ausbesserung des bedrohlichen Bauwerkes.

Hiernach ist das Nebeneinanderstehen des volks- und des amsrechtlichen Instituts gar nichts Ungewöhnliches; vielmehr kann man zur Vergleichung etwa heranziehen Hereditas und Bonorum possessio, civiles und praetorisches Eigentum und nebst anderen auch die oben auf S. 248, 249 genannten Klagen. Wie Gaius IV. 31 besonders hervorhebt, gewährte das Edictsrecht überwiegende Vorteile; es war nach dem Ausspruch des Juristen das *ius et commodius et plenius*. Dennoch hätte sich die civile Actio immerhin bis in die Zeiten Justinians behaupten können, — wenn auch in anderer processualischer Form — da sie ohne Zweifel in den Wirkungen, vielleicht auch in den materiellen Voraussetzungen vom Honorarrecht abwich, und daher unter Umständen doch dem letzteren vorgezogen werden mochte.

Weit schwieriger gestaltet sich die Lösung der anderen Frage, weshalb die Aufstellung einer civilen Schriftformel an Stelle der Legisactio unterblieben ist. Ubbe-

⁵¹⁾ S. Wlassak Edict S. 13.

lohde⁵²⁾ und Burckhard⁵³⁾ erscheint die Möglichkeit eines „Umsetzens des alten Verfahrens in den Formularprocess“ als etwas Selbstverständliches. Und weshalb geschah es nicht? „Aus dem sehr natürlichen Grund, weil der Praetor, nachdem er ein ganz neues in den Formen des Formularprocesses zu verfolgendes Recht gegeben, sich nicht bewogen fühlen konnte, auch noch für den alten aus dem Civilrecht stammenden und einen viel mangelhafteren Schutz gewährenden Anspruch eine neue *formula* aufzustellen“⁵⁴⁾.

Burckhard, der uns diese Erwägung vorlegt, verfällt hier in den verbreiteten Irrtum, das Proponiren der Civilformeln und die freie praetorische Rechtsatzung wie gleichartige Dinge aus demselben Gesichtspunkte zu betrachten, und unterstellt überdies eine unglaubliche Eifersucht der Praetoren: eine Bevorzugung der eigenen Erzeugnisse vor den volksrechtlichen Kukulseiern. Richtig kann die Frage nur so gefasst werden, ob der Gerichtsherr Veranlassung hatte, das civile Rechtsmittel auf Beseitigung der drohenden Gefahr zu denegiren; dasselbe also in gleicher Weise zu behandeln, wie etwa die Zwölftafelklage wegen *furtum manifestum* nach der Einführung des honorarischen *iudicium quadrupli*. Ich meines Theils möchte das entschieden bestreiten und füge noch hinzu, dass es zur Erreichung des von Burckhard angenommenen Zieles nicht

⁵²⁾ A. a. O. Bd. IV S. 271 N. 28.

⁵³⁾ A. a. O. II. S. 82, 83.

⁵⁴⁾ Wenn in N. 68 auf S. 82 noch beigelegt ist: „Etwa wie bei der Klage der Publicanen eine der *legis actio* nachgebildete *actio ficticia*“, so geht daraus hervor, dass auch Burckhard die beiden oben S. 261. 262 getrennten Fragen nicht unterscheidet.

genügt hätte, die Bildung einer Schriftformel zu verweigern. Vielmehr mussten die Praetoren, wenn es wirklich ihre Absicht war, der civilen Actio das Lebenslicht auszublases, offenbar auch die Mitwirkung zum *lege agere* verweigern. Davon aber wissen wir Nichts, und nach den Zeugnissen des Gaius, Julian und Paulus⁵⁵⁾ erscheint auch diese Vermutung kaum annehmbar.

Bestechend, wenigstens auf den ersten Blick, ist der Vorschlag von Rudolph Sohm⁵⁶⁾. Die Schriftformel — meint dieser Gelehrte — ist das erweiterte Richterernennungs-decret. Nun verlief die *legis actio damni infecti* ohne Judexbestellung. Mithin konnte auch anstatt der *actio* keine schriftliche „formula gegeben werden“. Allein unbewiesen ist vor Allem die vorausgesetzte Legisactio ohne die Möglichkeit einer Geschwornenernennung. Sohm selbst — wenn ich recht verstehe — zieht seinen Vorschlag wieder zurück, indem er unser civiles Rechtsmittel auffasst als eine Art *pignoris capio*, welche letztere seiner eigenen Darstellung zufolge im Falle gegnerischen Protestes zu einem Processe führt mit „Bestellung eines Judiciums“ (S. 142). Weitere Argumente zur Widerlegung von Sohm sind schon früher angeführt: die öfter vorkommende Nebeneinanderstellung der *actio damni infecti* und *a. aquae pluviariae arcendae*, endlich das *iudicium damni infecti* bei Paulus.

Den Erklärungsversuch, der mir vorschwebt, würde man aus der Darlegung auf S. 249—259 ohne Mühe ableiten können. Nach meinem Ermessen ist die in Frage

⁵⁵⁾ S. oben S. 240—243.

⁵⁶⁾ Institutionen § 36 S. 149 N. 7 (2. A.).

stehende *Legisactio* in unsere dritte Gruppe civiler Rechtsmittel einzureihen. Sie gehört also zu der Klasse von Spruchformeln, deren Umwandlung in geschriebene *uerba concepta* nicht zum Ziel geführt hätte, weil die letzteren nicht geeignet waren im vollen Umfang die Function der ersteren zu übernehmen.

Mit dieser Behauptung könnte unsere Ausführung abschliessen, wenn Bethmann-Hollwegs⁵⁷⁾ Hypothese haltbar wäre, derzufolge das alte Verfahren wegen *damnum infectum* sich darstellte als *legis actio per pignoris capionem*. Das Schicksal dieses *modus agendi* im Julischen Recht ist oben erörtert; damit wäre also die vorliegende Frage ebenfalls erledigt. Indess muss, wie ich glaube, nach den Angriffen von Bekker⁵⁸⁾ und Burckhard⁵⁹⁾ die Vermutung Hollwegs für widerlegt gelten. Daraus erwächst für uns die Notwendigkeit, zu zeigen, wie denn jene *legis actio d. i.* beschaffen war, und ferner den Umstand nachzuweisen, der hier wie bei der *pignoris capio* die Abfassung einer dem Parteispruch (der Wirkung nach) ebenbürtigen Schriftformel verhinderte.

Zuerst also: wie sah die *legis actio damni infecti*

⁵⁷⁾ Civilprocess Bd. I S. 204 N. 13, dazu Wach bei Keller in N. 267^a. Neuestens ist nach Karlowa noch Sohm a. a. O. S. 142, S. 149 N. 7 der Ansicht Bethmann-Hollwegs beigetreten.

⁵⁸⁾ Actionen Bd. I S. 45, 46; vgl. auch Voigt Jus naturale Bd. III S. 793 N. 1282.

⁵⁹⁾ A. a. O. II S. 76—80; dazu Pernice in der Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 96 N. 2. Ausdrücklich sei bemerkt, dass der Satz der Vat. 49 der oben angenommenen Auffassung der *actio damni infecti* nicht entgegensteht. Ich brauche blos zu erinnern an die *legis actio a. pl. arcendae*, deren Existenz nicht zu bezweifeln ist; vgl. Burckhard a. a. O. III S. 479.

aus? In der modernen Litteratur, selbst in der neuesten⁶⁰⁾, hält man sich noch immer streng gebunden an die Aufzählung der Processarten bei Gai. IV. 12. Daher droht mir ohne Zweifel folgender Einwand: Wenn der gesuchte *modus* nicht die feierliche Pfändung war, so muss es einer von den vier anderen *modi* gewesen sein; diese aber erscheinen sicherlich noch weit unpassender als die abgelehnte *pignoris capio*. Dieser einleuchtenden Bemerkung gegenüber, die in ihrem letzten Teil unbestreitbar ist, muss auf eine Aeussderung Bekkers verwiesen werden, die freilich vom Urheber selbst stellenweise⁶¹⁾ nicht beachtet, auch nicht kräftig genug betont ist.

„Es wäre möglich“ — sagt B.⁶²⁾ — „dass die Gaianschen *quinque modi lege agendi* nur die Hauptarten gewesen seien, neben denen noch andere in Uebung standen.“ Haben wir es in der Institutionenstelle mit einer „Schulzählung“ zu thun, so dürfte die Ungenauigkeit derselben nicht auffallen, weil dieser Mangel in gleichem oder höherem Masse fast in allen Systematisirungsversuchen der römischen Juristen wiederkehrt. Gaius l. c. konnte am wenigsten Anstand nehmen, das hergebrachte Schema vorzutragen, da er die abgeschafften Processformen nur episorisch und möglichst kurz darstellen wollte. Mithin bliebe blos zu erwägen, ob die *quinque modi* wirklich ein Erzeugniss der Theorie sind. Doch ist auch diese Herkunft gar nicht zweifelhaft und leicht dargethan durch eine Hinweisung auf Gai. IV. 13, 19, 21—24, 26—28. Aus diesen

⁶⁰⁾ Karlowa *Legisactiones* S. 216, Burekhard a. a. O. II S. 80, Sohm *Institutionen* § 35.

⁶¹⁾ *Actiones* Bd. I S. 54, 62, 63.

⁶²⁾ A. a. O. Bd. I S. 63 N. 4.

Stellen geht deutlich hervor, dass sehr viele Einzelgesetze, von denen wohl die meisten zunächst privatrechtlichen Inhalts waren, Verschiedenes bestimmt haben über die Geltendmachung der Legalansprüche in gewissen Formen. Keinenfalls waren es also fünf in der Zeit auf einander folgende Processgesetze, von denen jedes je einen *modus* eingeführt hätte⁶³). Lässt man aber diese unmögliche Vorstellung fallen, die ja natürlich Niemand vertritt, dann erscheint sofort Bekkers Behauptung fast unabweislich.

Die Mannigfaltigkeit ist die Signatur des altrömischen Processes⁶⁴). Es war üblich, neu geschaffenen Ansprüchen auch eine passende Form der Verfolgung im oder ausser dem Gerichte mit auf den Weg zu geben. Sollten sich dabei wirklich die zahlreichen Rogatoren aus mehreren Jahrhunderten Beschränkungen auferlegt haben, um der Jurisprudenz der Zukunft die Systematisirung zu erleichtern? Ist doch dem Anschein nach der Grundsatz: *sacramenti actio generalis* hauptsächlich darum aufgestellt, um einige Ordnung zu bringen in das übermässig buntscheckige Processrecht, und hatten doch auch die, einem bestimmten *modus* unterstellten Klagen keineswegs ein durchaus einförmiges Verfahren zur Folge. So haben also die Römer der Republik bei der ihnen eigentümlichen legislativen Fruchtbareit und bei der Neigung, das Alte beizubehalten trotz dem Neuen, in ihrer juristischen Schatzkammer sicherlich nicht wenige Actionen aufbewahrt, die der Einordnung in das fünfteilige Schema unbesieghchen Widerstand leisteten.

⁶³) Auch der Begriff des *modus agendi* selbst ist sicher aus dem umfassenderen der *legis actio* erst von der Jurisprudenz ausgeschieden.

⁶⁴) S. oben § 2 S. 31.

Man sieht, nach dem Gesagten stehen die *quinque modi* des Gaius nicht im Wege, die civile *actio damni infecti* mit den Quellen zwar als *legis actio* aufzufassen, das Verfahren aber so zu gestalten, dass es keinem von den fünf Grundtypen entspricht. Für die Gewinnung eines bestimmteren Bildes von dem alten Rechtsmittel ist diese Erkenntniss nicht gerade förderlich. Der Raum, in dem sich unsere Hypothesen bewegen können, ist dadurch gefährlich erweitert. Indess soll hier von dieser Freiheit nur Gebrauch gemacht werden in Betreff eines einzigen Punktes.

Die alte *legis actio damni infecti* zerfiel nach meinem Ermessen in zwei Teile, in eine aussergerichtliche und eine *Procedur in iure*. Die erstere bestand in einer feierlichen Ankündigung des Bedrohten gegenüber dem Eigentümer des Bauwerkes⁶⁵⁾ und hatte den Zweck, den Letzteren zur Abwendung der Gefahr erst zu verpflichten. Waren die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben, so trat der gewünschte Erfolg ein: der solenne Privatact verschaffte dem Bedrohten eine *in iure* verwendbare erfolgreiche Actio, die natürlich Bezug nehmen musste auf die *extra ius* vorhergeschickte Handlung, und die auch noch den Namen *actio damni infecti* führen konnte⁶⁶⁾,

⁶⁵⁾ Die Wissenschaft — sagt Th. Mommsen mit Recht — verbannt die Einfälle aus ihrem Reich. Nach dieser Verwahrung darf ich vielleicht einen „Einfall“ hiehersetzen. Das praetorische Verfahren wegen des *damnum infectum* (Ulp. l. 4 § 5 D. h. t. 39. 2) kennt eine *domum denuntiatio* (zweifelhafter Natur — s. darüber neuestens Kipp Litisdenuntiation S. 51—59, 164—169, Baron Der Denuntiatio-process S. 99—103). Sollte diese vielleicht ein aus der *legis actio* herausgenommenes Stück sein? Ich unterlasse es, den Gedanken weiter auszuspinnen.

⁶⁶⁾ Wer *legis actio* = Spruchformel der Einzelklage und = *modus*

wenngleich sich das zweite Verfahren vermutlich abspielte im Rahmen eines der gewöhnlichen *modi*. Dieser Process vor dem Praetor hatte, wenn der Gegner widersprach, wie jede andere gerichtliche Actio die Anordnung eines Iudiciums zur Folge.

Das Hauptgewicht lege ich auf den solennen rechtsbegründenden Privatact, den ich trotz dem gänzlichen Mangel an Belegen und trotz Gaius' Bemerkung (IV. 29): *cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti possent quam apud praetorem* für ziemlich sicher halte. Nur ein einziger, doch sehr kräftiger Beweisgrund ist dafür geltend zu machen: die Gestaltung des praetorischen Parallelinstituts. Das Honorarrecht verlangt ein *agere* des Bedrohten. Wer sich nicht rechtzeitig rührt, kann den Ersatz des eingetretenen Schadens nicht begehren. Diese Norm — so scheint es — hätte der Praetor schwerlich aufgestellt, wenn schon nach altem Jus civile der Bedrohte ohne Weiteres, blos auf Grund des bedrohlichen Zustands eines nachbarlichen Gebäudes eine Klage gehabt hätte. Die Annahme eines Rückschritts in dem jüngeren praetorischen Recht scheint mir ausgeschlossen.

Die oben angeführte Aeusserung des Gaius kann gegen

agendi gehörig unterscheidet, wird keinen Widerspruch finden zwischen dem oben Gesagten und der Ausführung auf S. 252, 253 über die *l. a. per pignoris capionem*. Nach Gai. IV. 29 ist die letztere ein ganz und gar aussergerichtlicher *modus*. Und auch abgesehen davon konnte doch das Gerichtsverfahren, in dem die durch Pfändung erworbene Forderung geltend gemacht wurde, nicht bezeichnet werden als *l. a. per pign. capionem*. Dagegen hiess *actio damni infecti* wahrscheinlich zunächst das Spruchverfahren *extra ius*, — wenn man will: der *modus agendi*, den Gai. IV. 12 verschweigt, — aber auch die *in iure* — etwa im Prozesse: *per iudicis postulationem* — gesprochene Klageformel.

unsere Hypothese nicht ausgespielt werden, weil sie übernommen ist von den *quibusdam*, während Gaius, der unter den fünf *modi* die Pfändung nennt, den *plerisque* zustimmt, und weil wir nicht wissen, ob die *quidam* nicht auch der vorbereitenden aussergerichtlichen *actio damni infecti* den Legisactionencharakter absprachen.

Einige Gewähr erhält die hier vorgetragene Theorie durch das Geschick des civilen Rechtsmittels in der Nachjulischen Zeit. Die Erklärung der Fortdauer desselben macht nun gar keine Schwierigkeiten. Wir brauchen uns blos zu erinnern an das früher über die *pignoris capio* Gesagte. Wie diese, so konnte natürlich auch der dem Bedrohten vom Gesetze auferlegte Selbsthülfeact, aus dem die Obligation erst hervorging, nicht ersetzt werden durch eine nach der Aebutischen oder Julischen Norm zu bildende Civilformel. Eine Schriftklage auf civilrechtlicher Grundlage war nur möglich statt der gerichtlichen *legis actio damni infecti*, eine honorarische Klagformel nur mit Hülfe einer Fiction des *extra ius* vorzunehmenden *Legalactes*.

Anweisungen der ersteren Art mochten die Praetoren in der Kaiserzeit auf besonderes Verlangen der Parteien entwerfen; doch ist freilich auch die Beibehaltung der Spruchform für das Verfahren *in iure* wohl denkbar und neben einer blos beweisenden Urkunde sogar wahrscheinlich. Dagegen haben gewiss die Praetoren keine amtsrechtliche Klagformel gegeben mit Fiction der *legis actio*, aus dem einleuchtenden Grunde⁶⁷⁾, weil kein Bedürfniss

⁶⁷⁾ Hier wären die auf S. 264 mitgetheilten Aeusserungen Burckhards am richtigen Platze.

vorlag, noch ein drittes Rechtsmittel wegen des *damnum infectum* zu schaffen, wodurch ja ein Concurrenzinstitut im eigenen Gebiete des Jus honorarium entstanden wäre, und weil man endlich nicht verzichten mochte auf das Erforderniss der Selbstthätigkeit des Bedrohten.

In das Hadrianische Album ist anscheinend nur mehr das praetorische Cautions- und Missionsrecht übergegangen. Spruchformulare waren bekanntlich in demselben gar nicht verzeichnet, die hypothetische Schriftformel aber der civilen *actio damni infecti* kam schon damals in der Praxis so selten vor, dass sie auf der Gerichtstafel Julians schwerlich durch ein Musterschema vertreten war, wenn ein solches überhaupt jemals existirt haben sollte.

Im vorigen und in diesem Capitel sind nach dem Plane der vorliegenden Schrift die Hauptgrundsätze des Aebutischen und des Julischen Processrechtes dargestellt, so weit sich dieselben ableiten liessen aus den bisher schon zu diesem Zwecke verwendeten Quellen. Gleichzeitig aber ist der Nachweis versucht worden, dass unter dem *iudicium legitimum* der Republik nichts Anderes zu verstehen sei, als das Gericht und der Process nach den Vorschriften des Aebutischen Gesetzes, unter dem *iudicium legitimum* der Kaiserzeit nichts Anderes als das Gericht und der Process nach den Normen der stadtrömischen Gerichtsordnung des Augustus. Nur beiläufig sind auch erwähnt die auf der *altera Iulia* beruhenden Judicia der Municipien und der Bürgereolonien, welche nach dem ursprünglichen und eigentlichen Sinne des Wortes ebenfalls als *legitima* zu bezeichnen sind.

In dem soeben Gesagten möge man die Antwort erblicken auf die weiter oben (S. 56) aufgeworfenen Fragen. Nur Folgendes ist noch beizufügen. Die *iudicia legitima* der Kaiserzeit sind sachlich nicht verschieden von den gleichbenannten der republicanischen Periode. Verschieden aber ist trotzdem das Processrecht vor und nach der Lex Julia, weil das *agere* in *iudiciis legitimis* vor dieser Gerichtsordnung facultativ, nach derselben obligat war. Daher erscheint es nicht ganz genau, wenn der Anonymus bei Gellius (S. 59) das Verschwinden der Legisactionen zurückführt auf die Lex Aebutia und sofort die Bemerkung anknüpft: ihm seien nur die *leges* bekannt, *quibus utimur*⁶⁸⁾. Sollte das entscheidende Capitel der älteren Gerichtsordnung nach Augustus noch Geltung gehabt, oder aber unser Jurist von der *antiquitas* doch Mehr gewusst haben, als er selbst zugestehen will? Mir erscheint es ungerechtfertigt, eine „Rettung“ des Unbekannten zu versuchen. Ich halte vielmehr dessen Unwissenheit für echt, nicht für vorgespiegelt aus übertriebener Bescheidenheit. Diese Erwägung aber führt zu folgender Vermutung.

Die allein massgebende Gerichtsordnung zur Zeit des Gellius ist die umfassende Julische. Formell steht seit diesem Gesetze von der Lex Aebutia wahrscheinlich gar Nichts mehr in Geltung. Allein die ältere Gerichtsordnung war die Bahnbrecherin, und die neuere nimmt Manches, jedenfalls aber die Hauptsache: die Aebutische Schriftformel herüber in das Recht der Kaiserzeit. Darnach liegt

⁶⁸⁾ Ueber die Ungenauigkeit des Berichtes in anderer Beziehung s. oben S. 59—61.

Wlassak, Röm. Processgesetze.

der Gedanke sehr nahe, dass der Gewährsmann des Gellius seine Kenntniss der Aebutia nur geschöpft hat aus dem Texte der Julia. Es hätte also die letztere die wichtigste Bestimmung der beseitigten Lex grossenteils wörtlich aufgenommen und dabei ihre Quelle ausdrücklich genannt. Solche Entlehnungen und Verweisungen sind bekanntlich in römischen Gesetzen keine Seltenheit. Beispielsweise sei nur erinnert an das Citat der Lex Calpurnia und Junia im Repetundengesetz (v. 23, 74), an das Citat der L. Julia agraria⁶⁹⁾ im Stadtrecht von Ursö (c. 97), an die fast wörtliche Uebereinstimmung des c. 104 des eben genannten Coloniegesetzes und des k. 4 (54) der sog. L. Mamilia⁷⁰⁾, endlich an Cicero pro Rab. Post. c. 4 § 9, wo von einem Capitel des Julischen Repetundengesetzes gesagt ist: ... *hoc totidem uerbis translatum caput est, quot fuit non modo in Cornelia sed etiam ante in lege Seruilia.*

Der obigen Behauptung fehlt es nach allem dem keineswegs an Wahrscheinlichkeit. Weiter aber dürfen wir uns wohl nicht wagen; insbesondere ist besser darauf zu verzichten, den Text des oft genannten Capitels der beiden Leges auch nur so herzustellen, wie er etwa hätte lauten können. Es bleibt also ungewiss, in welcher Weise die Entbehrlichkeit, und in der jüngeren Gerichtsordnung die Aufhebung der Legisactionen angeordnet, ob dabei der *modus* unterschieden war von der Spruchformel der Einzelklage, und wie sich die Gesetze aussprachen über die Vertretung der letzteren durch die schriftlichen *uerba concepta*.

⁶⁹⁾ Doch vgl. über dieses Gesetz Bruns (nach Mommsen) in d. Ztschr. f. R. G. Bd. XII S. 100.

⁷⁰⁾ Welche wahrscheinlich identisch ist mit der in der vor. Note erwähnten *Julia*; s. Mommsen bei Bruns Fontes p. 94.

Immerhin scheint nach dem Berichte des Gaius⁷¹⁾, der sich allerdings nur über die Wirkungen der Reform äussert, die wiederholt angedeutete Vermutung als die annehmbarste, dass beide Gesetze schlechtweg der „*legis actiones*“ gedachten, ohne ins Detail einzugehen⁷²⁾.

Hiernach war es vermutlich den Juristen überlassen, die Tragweite der Legalnorm festzustellen, vor Allem die Grenzen zu finden, innerhalb deren die solenne Rede und Handlung sich ersetzen liess durch die Schriftformel. Wo dies nicht anging, die *Legisactio* aber unentbehrlich schien wegen der daran geknüpften privat- oder processrechtlichen Wirkung, da musste der Legalact dem geltenden Rechte erhalten werden, wenn auch — so weit dies möglich war — in minder feierlicher Gestalt. Geführt wurden wir zu dieser Wahrnehmung hauptsächlich durch eine Betrachtung der *manus iniectio* (S. 94—97) und der *pignoris capio*. Doch standen diese beiden *modi* schwerlich allein; manche andere *legis actio* ähnlicher Art, nur von geringerer Bedeutung, mag es gegeben haben, deren Geschichte in unseren Quellen nicht mehr nachweisbar ist.

Den ersten Teil meiner Aufgabe betrachte ich damit als erledigt. Eine Darstellung des Aebutisch-Julischen Processrechtes in den Einzelheiten ist hier nicht beabsichtigt; weitere Beiträge aber zur Charakteristik des Ganzen sind kaum mehr zu erwarten, wenn man sich beschränkt auf das in unserer Processlitteratur gewöhnlich verarbeitete Quellenmaterial. Dagegen dürften wir hoffen, noch etwas deutlichere Vorstellungen zu gewinnen von den zwei wich-

⁷¹⁾ Inst. IV. 30, 31 und IV. 29.

⁷²⁾ Dazu aber oben N. 35.

tigsten Civilgerichtsordnungen der Römer, wenn sich als sicheres Ergebniss der Ausführungen in Cap. I—III wenigstens eine These hinstellen liesse, die eben so wohl den Zielpunkt der vorliegenden ersten, wie den Ausgangspunkt der zweiten Abtheilung dieser Schrift bezeichnet. Jener Satz aber, auf dessen Nachweis das Hauptgewicht gelegt ist, könnte in folgende Worte gefasst werden:

Nicht zwei verschiedene Fragen liegen uns vor, wenn wir das neue Processrecht der Lex Aebutia-Julia, und wenn wir das Wesen der *iudicia legitima* zu erforschen suchen. Nicht die Sache, nur der Ausdruck ist ein anderer; denn beide Fragen betreffen genau denselben Gegenstand. Mithin sind alle Nachrichten der Quellen, welche sich beziehen auf die „gesetzlichen Gerichte“ und das „gesetzliche Verfahren“ geeignet, zur genaueren Bestimmung des Aebutisch-Julischen Processrechtes zu dienen. Dies auszuführen ist die Aufgabe des zweiten Theiles.



89097651483



B89097651483A

17.

G.E. STECHERT & CO.
(ALFRED HAFNER)
NEW YORK

89097651



b890976514